علم
أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي ألقاها

الاستاذ عبد الرزاق السنهوري

عميد كلية الحقوق ببغداد

على طلبة الصف الاول بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون

عني بطبعها

فكرت مصطفى كامل

١٣٥٥هـ — ١٩٣٦م

مطبعة الجزيرة — بغداد

اهداءات ٢٠٠٣

أسرة /عبد الرزاق باشا السنهوري

القاهرة

علم

اصول القانون

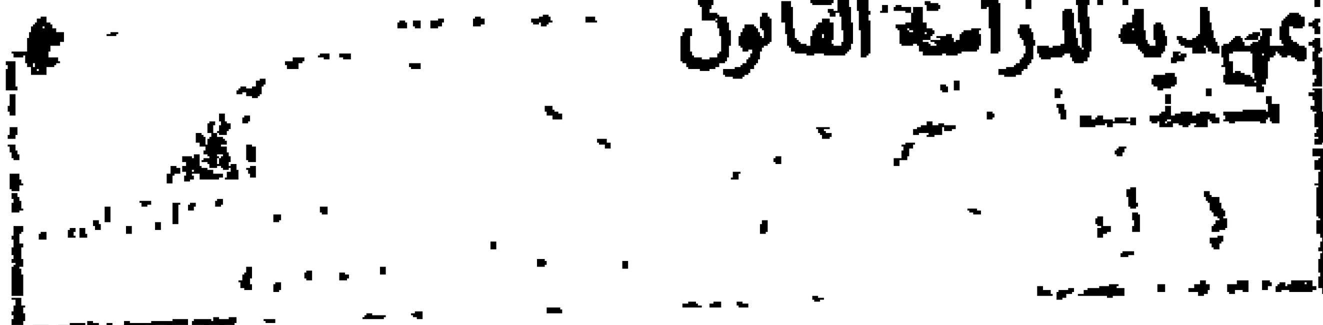
خلاصة المحاضرات التي القاها

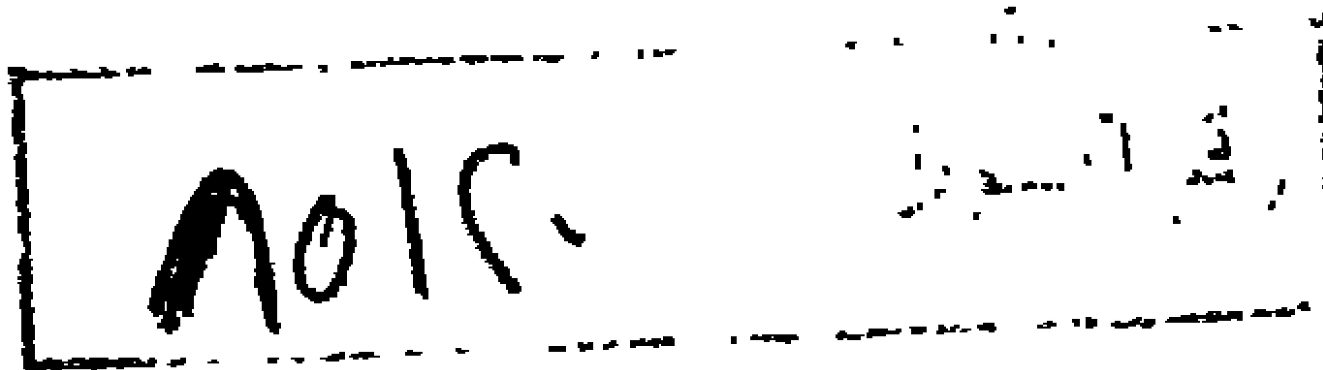
الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري

عميد كلية الحقوق ببغداد

على طلبة الصف الاول بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون





١٩٣٦م – ١٣٥٤هـ

مطبعة الجزيرة * بغداد

مقدمة

الغرض من دراسة علم أصول القانون

التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله بالعلوم الاخرى

١ — الغرض من دراسة علم أصول القانون

استيعاب المبادئ الأساسية دون التفصيلات

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو استيعاب المبادئ الاساسية التي يقوم عليها القانون ، قبل ان ندخل في دراسة تفصيلاته . ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل الى دراسته ؛ فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في فروعه المختلفة .

روح الدراسة : دراسة ابتدائية

وسندرس أصول القانون في هذه المحاضرات بروح نتوخى بها : (أولا) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ، ونفصل فروعه . ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين في دراسة القانون ، وهي الدراسة التي نزمع أن نجري عليها في هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ؛ يقصد بها السمو بالدراسة القانونية الى درجة من التجريد والاستقراء المنطقي والتعمق

العلمي تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعى فروعه وتفصيلاته ، ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم ، وهذا إنما يكون خاتمة للدراسة القانونية لا مقدمة لها . (ثانياً)

دراسة فلسفية

ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التي توخيناها في دراسة أصول القانون في هذه المحاضرات ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادئ الفلسفية والعلمية التي ترتكز عليها دراسة القانون ، حتى نعد الناشئ إعداداً علمياً فلسفياً قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، فأنه إذا فاته هذا الأعداد العلمي وقت الدراسة فلا يعوضه عنه المران العملي ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك مافات .

٢ — التعريف بالقانون

ايراد التعريف

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، والتي تقسر الدولة الناس على اتباعها ، ولو بالقوة عند الاقتضاء .

٣ خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثا : (١) فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه الدولة .

قاعدة : العمومية

(١) فهو أولا قاعدة : والقاعدة لها ميزان ، العمومية والنظام .

فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فمعنى ذلك أنه لا يوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالذات . وعلى ذلك لا يكون الامر الاداري الصادر باغلاق مصنع معين قانونا ، كما لا يكون قانونا الحكم القضائي الملزم لشخص بالذات بأن يدفع مبلغاً من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أي تكون واجبة التطبيق على كل الاعمال والاشخاص المماثلة التي ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الاعمال ، كالتصرفات الصادرة في مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الاشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذي ينظم وراثة العرش أو رئاسة الوزارة .

النظام

ويفهم مما تقدم أن القانون ينطوي على معنى النظام الى جانب معنى العمومية ، فما دام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والاشخاص المماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل ، فأن هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاماً متناسقاً لا يختل ، وهذا هو أوضح معاني القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو

النظام . ألا أن هناك فرقاً جوهرياً بينها ، فالقواعد القانونية تطاع عن شعور وإرادة ، يطيعها الانسان وهو يملك عصيانها متحملا جزاء العصيان . اما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن إرادة ولا عن شعور ، وهي لا تملك إلا طاعتها ، فقانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

تنظم الروابط الاجتماعية

(٢) والقانون قاعدة تنظم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشري ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والانسان المنفرد ـ روبنصون كروزو أو حي بن يقظان ـ على فرض وجوده ، لا تربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة . على أن الانسان المنفرد ليس إلا فرضاً فلسفياً لا حقيقة له . فالانسان يولد في المجتمع ، ولا يعيش الا في المجتمع .

يقترن بها جزاء

(٣) والقانون أخيراً يقترن به جزاء دنيوي توقعه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دنيوي ـ وعد بالثواب أو وعيد بالعقاب في الحياة الآخرة ـ فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دنيوي ، وأخذت

الدولة الناس بتنفيذهـا . وقد يصحب القاعدة جزاء دنيوي ، ولكن الدولة لا توقعه ، بل يتولى توقيعه الرأي العام ، كما في قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس أو ذمهم ، ورضاؤهم أو استنكارهم ، فهي ليست بقانون اذ ليس للدولة شأن بها . أما اذا صحب القاعدة جزاء دنيوي توقعـه الدولة ، فان القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون جزاء جنائياً ، أي عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون جزاءً مدنياً أي تنفيذاً لحق يتقاضاه الدائن من المدين

جزاء دنيوي توقعه الدولة

جزاء دنيوي توقعه الدولة: جزاء جنائي جزاء مدني

٤ — *ضرورة القانون*

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد في المجتمع البشري لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان لا يعيش الا في المجتمع كما قدمنا ، فأن الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هي القانون .

حاجة الروابط الاجتماعية الى التنظيم

والفرد في المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، والا تعارضت حريته مع حريات الآخرين . فلا بد اذن من حد الحريات جميعاً ، وترك كل فرد حراً في حدود احترام حريات الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها

وجوب حد الحريات

حتى يزول هـذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكنه تحقيقها جميعاً ، هذا هو الذى يستوجب وجوب القانون

٥ — نطاق القانون

دائرة علم الاخلاق واجب الانسان نحو الله . واجب الانسان نحو نفسه . واجب الانسان نحو الغير

اذا اردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى عـلم الاخلاق ، وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون . فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانساق نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الغير . اما دائرة القـانون فلا تشمل الا واجب الانسان نحو الغير . وهي بعد لا تشمل الا بعض هـذا الواجب . اذ أن واجب الانسان نحو الغير منـه ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوي ، بل يرجع الامر فيه الى الضمير ، كالنيات المستترة ، ومنه مايتعذر وضع جزاء دنيوي له ؛ كالصدق والوفاء ، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوي ؛ وهذا الاخير قسمان : قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء له . وقسم لا يرى المجتمع ذالك مناسباً له . وتحديد المناسب وغير المناسب يختلف باختلاف النظرتين : النظرة الفردية والنظرة الاشتراكية . فالنظرة الفردية تعني بالفرد وتسخر المجتمع لخدمتـه ، فلا تجعل القانون يتدخل في شؤون الفرد وفي

ما يستحيل وضع جزاء له

ما يتعذر وضع جزاء له

ما لا يناسب وضع جزاء له

حريته الا بالقدر الضروري والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل الى أقصى حد ممكن في حرية الفرد

دائرة القانون : ماينا سب وضع جزاء له

فدائرة القانون لا تتضمن من واجبات الانسان الا واجبه نحو الغير ، ولا تأخذ من هذا الواجب ما يستحيل وضع جزاء له ولا ما يتعذر أن يوضع له هذا الجزاء ، ولا ما لا يناسب أن يكون له جزاء ، بل تقتصر على ما يمكن دون تعذر أن يكون له جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسباً .

٦ - اتصال القانون بالعلوم الاخرى

تدرج العلوم في الدقة: العلوم الرياضية العلوم الطبيعية العلوم الاجتماعية الاخلاق الاجتماع الاقتصاد السياسة

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية . وأدق العلوم هي الرياضية لان الانسان يخلق فروضها فهو مالك لعناصر الحكم والتقدير فيها . ويليها في الدقة العلوم الطبيعية ، ثم العلوم الاجتماعية ، اذ أن سيطرة الانسان على الظواهر الاجتماعية أقل تمكنا من سيطرته على الظواهر الطبيعيه والقانون يدخل في دائرة العلوم الاجتماعية . وأهم هذه العلوم هي علم الاخلاق وقد رأينا علاقته بالقانون ، والنسبه ما بين دائرة القانون ودائرة الاخلاق . ثم علم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة . والقانون اذا كان خاصا فهو يتصل اتصالا وثيقا بعلم الاجتماع في دائرة الاحوال

الشخصية ، وبعلم الاقتصاد في دائرة الاحوال العينية أو المعاملات المالية . واذا كان عاما فاتصاله وثيق بعلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل في كل العلوم الاجتماعية بل هو هذه العلوم مجتمعة يستخلص حقائقها ، ويصوغ هذه الحقائق العلمية قواعد قانونية يجري العمل على مقتضاها

٧ — خطة البحث

أما وقد فرغنا من هذه الكلمة التمهيدية في التعريف بالقانون فنحن نعرض لمباحث علم أصول القانون في ثلاثة أبواب : فنخصص الباب الاول للكلام في طبيعة القانون ، ونجعل الباب الثاني لبحث مصادر القانون ، ونختم بالباب الثالث في فروع القانون .

ابواب ثلاثة :
طبيعة القانون
مصادر القانون
فروع القانون

الباب الاول

طبيعة القانون

٨ — المذاهب المختلفة فى طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هي أن نتعرف طبيعته وماهيته : على أى اساس يقوم القانون ، وما هي العناصر التي يحتوي عليها اذا حللناه الى عوامله الاولى ؟

هذه هي المسالة التي تتفرق فيها الآراء ، وتتباين المذاهب ، وتتشعب وجوه النظر . وهي المسألة التي تتلخص فيها فلسفة القانون .

طائفتان من المذاهب: ونحن نستعرض هنا بأيجاز أهم المذاهب في طبيعة القانون . وقد اخترنا ان نقسمها الى طائفتين :

المذاهب القانونية: الطائفة الاولى المذاهب القانونية . وهي مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلا علمياً فلسفياً .

المذاهب الاجتماعية: الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية . وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة القانون فتحللها تحليلا فلسفياً اجتماعياً ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية .

الفصل الاول

المذاهب القانونية

٩ – خصائصها

هذه مذاهب تجعل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهي تتخذ للقانون معياراً مادياً ، وتتعرفه من مصدره الرسمي او الشكلي ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقية . فهي مذاهب تصلح للرجل القانوني ، يريد ان يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانوناً يطبق في العمل .

القانون مشيئة السلطان: الله ، الدولة ، المشرع

وهي تجتمع كلها في مسألة واحدة ، هي ان هنالك مشرعا هو الذي يصنع القانون . فاذا اريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز في تحليلها اكثر من ان تقرر ان القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ، الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالاولى هي التي تسن القوانين ، والثانية هي التي تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التي تسن القانون قوة غير منظورة هي « الله » او اية سلطة روحية اخرى . وهذه هي القوانين الدينية ، كالشريعة الاسلامية

والشريعة اليهودية . ففي هاتين الشريعتين الله هو المشرع الاول ، والقانون في اسسه وحي من عنده ، ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبياً . وقد تكون الهيئة المشرعة هيئة بشرية هي الدولة أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزي المعروف « اوستن Austin » ويقابله في فرنسا مدرسة « الشرح على المتون »(Ecole de l' Exegese)،وهي كاوستن تذهب الى أن القانون هو مشيئة المشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .

وها نحن نعرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

المبحث الاول

مذهب اوستن

١٠ - اسس المذهب

السلطان مصدر القانون في الوضع وفي التنفيذ

يقوم مذهب اوستن على ان القانون في (وضعه) وفي (تنفيذه) يستند الى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذي يضع القانون، وهو الذي يأخذ الناس بطاعته . فالقانون في طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهراً اذا اقتضى الحال ذلك .

١١ — اركان القانون الثلاثة في مذهب اوستن

ويؤخذ مما تقدم ان القانون يقوم على دعائم ثلاث :

هيئة سياسية معينة: أمر أو نهي جزاء

(اولا) هيئة سياسية معينة هي الهيئة التي تباشر سلطان الدولة (ثانياً) أمر او نهي يصدر من هذه الهيئة (ثالثاً) اقتران هذا الامر او النهي بجزاء دنيوي توقعه الدولة على من يخالف القانون .

١٢ — (اولا) هيئة سياسية معينة

السلطان: السلطة العليا

هنا يميز اوستن في كل مجتمع سياسي شخصاً معيناً او هيئة معينة هي التي لها السلطان . والسلطان في طبيعته واحد لا يتجزأ ، وهو القوة المسيطرة على كل القوات في الدولة ، لا تعلو عليها قوة ، وتدين لها كل القوات بالخضوع . ففي الدولة الاستبدادية يكون السلطان في يد فرد هو الملك أو الامبراطور أو هو يتسمى بأي اسم آخر . وفي الدولة الديمقراطية يكون السلطان في يد هيئة او اكثر ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ مثلا ، والى جانبها يقف رئيس الدولة ، ملكا كان او امبراطورا او رئيس جمهورية او غير ذلك .

الصفة السياسية

هذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صبغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الاخرى غير السياسية ، كالنقابات والجمعيات

المدنية والشركات التجارية والاندية والكنيسة وما الى ذلك.
وتتميز كذلك بأن لها السلطان الاعلى على كل الافراد وعلى كل الهيئات المندمجة في الدولة كما قدمنا.

مشيئة حادثة شاعرة

وهذه الهيئة هي التي تنظم الروابط الاجتماعية بقوانين هي مشيئتها تصدرها للافراد وللهيئات الخاضعة لسلطانها. فالقوانين أذن ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعرة، وليست شيئاً كامناً في طبيعة الروابط الاجتماعية، تنشأ وتتطور في دائرة لا شعورية كما يزعم انصار مذهب القانون الطبيعي.

ما يقره السلطان يأمر به

وقد تكون العادات وقواعد العدالة وغيرها مصدرا للقانون، ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقر ذلك وتقرنه بجزاء، وما يقره السلطان فأنه يأمر به: What the sovereign permits he commands.

١٣ – (ثانياً) امر او نهي

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون امراً او نهياً. فالقانون ليس مجرد أرشاد تحث الناس على اتباعه، بل هو امر او نهي يجب السير على مقتضاه

مجرد الرخصة

وقد يعترض على ذلك بأن كثيراً من القواعد القانونية ليست امراً او نهياً، بل هي مجرد رخصة. فالقانون يبيح للشخص ان يملك وان يتعاقد وان يوصي وان يهب فأين الامر

والنهي من ذلك ؟ ان هي الا رخص اباحها القانون للناس ، فلهم ان يتعاقدوا والا يتعاقدوا ، ولهم ان يوصوا والا يوصوا . ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فأن القاعدة القانونية التي ترخص في عمل شيء تأمر في الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم ، وتنهاهم عن انتهاك حرمته : ثم هي توجب في ذمة من قام بالعمل التزامات هي اوامر ونواه تجب لها الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلا وجب على الغير احترام تعاقده ، وينشيء العقد في ذمته التزامات بتسليم الشيء المبيع ، وبنقل ملكيته ، وبالامتناع عن التعرض للمشتري ، وبمنع تعرض الغير له ، وهكذا . فهذه جملة من الاوامر والنواهي يتضمنها التعاقد .

قواعد المرافعات — وقد يعترض كذلك بأن قواعد المرافعات لا تتضمن اوامر او نواهي ، بل هي في اكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فأن اتباع هذه الاجراءات أمر يصدره القانون للقضاء والمتقاضين دون غيرهم من الناس

١٤ – (ثالثا) الجزاء الدنيوي

ولا يكفي أن تصدر الهيئة الحاكمة أمرا او نهيا ، بل يجب ان تقرن ذلك بجزاء دنيوي توقعه على من يخالف الامر او النهي .

وهذا الجزاء الدنيوي تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستعينة في ذلك بالقوة العامة التي بين يديها. ويترتب على ذلك ان قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية والاداب العامة والاحكام الدينية كل هذه ليست قانونا فقد تكون اوامر ونواهي يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء دنيوي توقعه الدولة على من يخالفها.

القانون الدولي العام

وهنا يقوم اعتراضان: (الاعتراض الاول) انه يترتب على ما تقدم ان القانون الدولي العام ليس قانونا، اذ ان قواعده غير مقترنة بجزاء دنيوي يوقع على الدولة التي تخرق حرمة هذا القانون. واذا كانت الحياة الدولية آخذة في التوثق بأنشاء عصبة الامم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات الدولية، فأن الشقة دون وجوب احترام هذه القواعد الدولية لا تزال بعيدة. لذلك لا يرى اوستن ان القانون الدولي العام قانون بالمعنى الصحيح.

القانون الدستوري

(والاعتراض الثاني) أن القانون الدستوري هو ايضاً في منزلة القانون الدولي العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر. فالقانون الدستوري قواعد تنظم السلطان وروابطه بالافراد، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى، فكل قانون ينظم السلطان ماهو الا مشيئة السلطان، فلا تلزمه هذه المشيئة اذا غيرها.

وهب أنهـا الزمته : فأين هي القوة التي تجبر السلطان على الاذعان ؟ اذا وجدت هذه القوة فهي السلطان الحقيقي ما دامت تعلو على السلطان المزعوم . ونعود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقي . اما اذا لم توجد فقد بطل اذن ان القانون الدستوري يمكن تنفيذه بالقهر . ومن اجل هذا انكر اوستن على القانون الدستوري ايضا ان يكون قانونا بالمعنى الصحيح .

١٥ — تقرير مذهب اوستن

وضوح النظم و بساطتها

ليس هناك شك في وضوح نظرية اوستن وبساطتها ، فهي ترتكز على معيار مادي في تعرف طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة . فمتى صدرت ارادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وقسرت الناس على الخضوع لهذه الارادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر الى جانبه . ويكون القانون مبنيا على القوة والقهر لا على الرضا والاختيار . وليست هناك الا علامة مادية شكلية لا تجاوزها الى ما وراءها في تعرف طبيعة القانون .

نقط الضعف في النظرية

هـذه مسائل ثلاث هي نقط الضعف في نظرية اوستن :

(اولا) انفراد التشريع بأن يكون مصدرا رسميا للقانون .

(ثانيا) اغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها . (ثالثا) الوقوف عند معيار شكلي للقانون . ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

١٦ — (اولا) *انفراد التشريع بأن يكون مصدرا رسميا للقانون*

المصادر الرسمية الاخرى للقانون

لا يكون القانون قانونا طبقا لنظرية اوستن الا اذا كان مصدره السلطان أو الدولة أو التشريع . فالنظرية تنكر ان يكون للقانون مصدر رسمي آخر . والواقع من الامر ان للقانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع . فهناك العادات والدين والقضاء ، وندع الفقه وقواعد العدالة . فالقانون قد يكون مصدره الرسمي العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تطبق التشريع ، واذا طبقتها المحاكم فلانها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية اوستن تقلب الوضع ، وترى ان القانون الذي يكون مصدره العادة انما يكون قانونا لان المشرع اقره . فهو قانون لان المحاكم تطبقه ، لا ان المحاكم تطبقه لانه قانون .

١٧ — *(ثانيا) أغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها :*

عامل الرضا والاختيار

وقد عنيت نظرية اوستن عناية خاصة بعاملي القوة والقهر في القانون . وحملها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون الدولي العام والقانون الدستوري . فاغفلت بذلك عاملا لا يقل في

الاهمية عن عامل القوة والقهر ، وهي عامل الرضا والاختيار . فالافراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على الخضوع له فحسب ، بل لانها ايضا ترتضيه قانونا ينظم روابطها الاجتماعية . واذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة انما هي قوة الامة ، والسلطان ليس في حقيقة الامر الا الامة نفسها مجتمعة . واذا صدر قانون يأباه طبع الامة وتقاليدها وحاجاتها الاجتماعية، ومع ذلك يأبى المشرع الا ان يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانونا وقتا قصيرا ، ثم لا تلبث ارادة الامة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلغى القانون او يهجر . والالتجاء المتواصل الى استعمال القوة في تنفيذ القوانين انما يكون علامة ضعف لا علامة قوة .

القانون الدولي العام والقانون الدستوري

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون على القانون الدولي العام والقانون الدستوري فيه تجاوز . فالقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهي قوانين حتى مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص لا تخلو من هذا العامل . وذلك ان القوانين المعتادة تحوطها قوة الامة بطريق غير مباشر متمثلة في الشرطة او في الجند . اما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الامة بطريق مباشر ، واذا اريد انتهاك حرمة قانون دستوري ، فان دون ذلك الامة تثور للمحافظة على دستورها .

١٨ — (ثالثاً) الوقوف عند معيار شكلي للقانون :

طابع المشرع هو المعيار الشكلي

ولكن العيب الجوهري في نظرية اوستن هو انها تقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهي تقنع من القاعدة القانونية بانها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

وهو معيار شكلي ناقص

واذا كانت هناك مزية لنظرية اوستن ، فذلك انها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بعلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع فهو قانون . على ان هذه المزية ليست خالصة ، فان كثيراً من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

المبحث الثاني

مدرسة الشرح على المتون

Ecole de l' Exegese

١٩ — اصل التسمية ووجه الشبه بمذهب اوستن :

اصل التسمية شرح النصوص متنا متنا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة اوستن الانكليزية ، من حيث ان كلا منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد

للقانون ، ويقف عنده فلا يجاوزه الى سواه . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegese)، لان فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة. وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعاً عن فكرة واحدة، هي ان النصوص التشريعية قدحوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شيء ، فليس امام الفقيه الا ان يستعرض هذه النصوص ،ويفسرها نصاً نصاً .

وجه الشبه بمذهب اوستن القانون هو التشريع

ونرى من ذلك ان مدرسة «الشرح على المتون» هي ايضاً مذهب شكلي، كمدرسة اوستن، تكتفي في التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون في نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شيء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانوناً.

٢٠ — *مميزات مدرسة « الشرح على المتون »*:

لمدرسة الشرح على المتون مميزان:

(اولا) التقيد بالنصوص :

التقيد بالنصوص

لا تعرف هذه المدرسة الا نصوص التشريع مصدراً للقانون وقد قال بينييه (Bugnet) احدفقهائها . « انى لا اعرف القانون . المدنى ، وانما أدرس تقنين نابليون [1] . وقال ديمولومب

(1) Je n'e connaisPas le droit civil;je n'ensei gne que le code Napoleon.

(Demolombe) امير فقهاء هذه المدرسة : « ان شعارسي والعقيدة التي اؤمن بها هي ايضاً : النصوص قبل كل شيء » .(١)

(ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية او المفروضة :

نية المشرع لا لفظه

واذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ، فأن تفسير هذه النصوص يجب ان يتوخى فيه نية المشرع، لا اللفظ الذي استعمله في التعبير عن هذه النية. والعبرة بنية المشرع الحقيقية

النية الحقيقية لا المحتملة

وقت وضع التشريع، لا بنتيه المحتملة وقت تطبيق التشريع. واذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث اصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتمشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضي ان يعمد الى نية اخرى محتملة، ينسبها للمشرع لو انه وضع التشريع في الوقت الذي يطبق فيه ، بل يجب عليه ان يظل أميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك ان التقيد بنية المشرع الحقيقية في نظر مدرسة « الشرح على المتون » يعصم من الوقوع في التحكم ، اذ من العسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما تختلف القضاة في تحديدها كل بحسب منطقه وهواه . ثم ان التقيد بنية المشرع الحقيقية أكثر أمعاناً في احترام التشريع ، اما تجاوز النية

---

(1)ma devise , ma pufession de foi , est aussi : les textes avant tout .

الحقيقية الى نية محتملة فان من شأنه ان يجعل من القاضي مشرعاً .

النية المفروضة

على ان « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحاً كافياً . ففي هـذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتون » الى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون . مثل ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي من عدم جواز التصرف في العقار الذي تقدمه الزوجة مهراً لزوجها في نظام الدوطة (Regime dotal) . ولم يعرض المشرع المنقول . فهل يجوز التصرف في المنقول خلافاً للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف في المنقول ، اذ النص على العقار دون المنقول من حيث عدم جواز التصرف ، يجعل الحكم مختلفاً ، والمبرر لهذا الاختلاف في الحكم ان المنقول لم يكن بذي شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وان العقار كان هو عماد الثروة في ذلك الوقت ، فمن المعقول ان يحمي المشرع العقار دون المنقول . اما اذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسي ، بأن المنقول اصبح لا يقل الان في الشأن عن العقار ، فيجب له نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في

العقار . وتأخذ مدرسة الشرح على المتون بالقول الاول .

فنية المشرع ، الحقيقية أو المفروضة ، هي التي تتلمسها مدرسة «الشرح على المتون» وتجري على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده ، لا اجتهاد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

٢١ — *فقهاء مدرسة « الشرح على المتون »*

نذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و (٢) اوبري و رو (Aubry et Rau) فقيهان من جامعة استراسبورج ، وضعا كتاباً في شرح القانون المدني في ثمانية أجزاء (في طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان Bartin) من اثني عشر جزءاً. وقد استغرق وضع الكتاب في طبعته الاولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤) ، وقد قدم على انه ترجمة لكتاب فقيه ألماني اسمه زكريا Zachariae) ، ومثل هذه المدة في طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ الى ١٨٧٨) . والكتاب لا يزال حتى الان من امهات كتب الفقه الفرنسي ، اشتهر بالدقة والايجاز . اوبري و رو

(٣) ديمولومب (Demolombe) ؛ ويسمى بأمير فقهاء مدرسة الشرح على المتون، كان عميداً لكلية الحقوق بكان (Caen). ديمولومب

ووضع كتابا في شرح القانون المدني في واحد وثلاثين جزءا ، استغرق وضعه واحداً وثلاثين عاماً (من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦) ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران

(٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلچيكي ، يمثل المدرسة تمثيلا صادقا ، أذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدني في مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءا (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧) .

بودري لا كانتنري

(٥) بودري لا كانتنري (Baudry.lacantinerie) ؛ وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحا مطولا للقانون المدني ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءا (من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١) . ولا يزال كتابه حتى الان أهم مرجع لفقه مدرسة « الشرح على المتون » .

٢٢ . تقدير « مدرسة الشرح على المتون »

عيوب مدرسة اوستن

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة اوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التي اسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون (٢) وتغفل عامل أرادة الامة ، وما تحور به هذه الارادة (في شكل العادات والتقاليد) من ارادة المشرع (٣) و

تقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الاولى .

عيب آخر هو الجمود

وهي الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، ما دامت تتقيد بأرادة المشرع وقت وضع التشريع .

الفصل الثاني

المذاهب الاجتماعية

٢٣ — خاصيتها

القانون حقيقية اجتماعية

هذه مذاهب لاتنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفي في التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هي تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الاولى ، وترده الى اصله في دائرته الاجتماعية . وهي بين مذاهب فلسفية ميتافيسيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمت الى النزعتين .

بيان بعض المذاهب الاجتماعية

ونذكر من هذه المذاهب مذهب القانون الطبيعي ، ومذهب التطور التاريخي ، ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ، ومذهب الغاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعي ، ومذهب العلم والصياغة .

المبحث الاول

مذهب القانون الطبيعى

٢٤ — فكرة القانون الطبيعى

قانون كامن في طبيعته الروابط الاجتماعة يكشفه العقل لا يوجده

يرى مذهب القانون الطبيعي أن هناك قانونا كامنا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان . يكشفه العقل البشري لا يوجده هـذا هو القانون الطبيعي ، قانون أبدي سرمدي ، ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية . فكما ان العالم الطبيعي من فلك وارض وهواء وماء ، وما تحتويه كل هـذه الاشياء ، خاضع لقوانين طبيعية لا تتغير ولاتتبدل ، كذلك العالم الاجتماعي يخضع لقوانين طبيعية توجهه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشري الا ان يتمعن في الروابط الاجتماعية، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي. وكلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان اقرب الى الكمال .

مراحل تطور القانون الطبيعي

ولمذهب القانون الطبيعي تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، نلم بها موجزين .

٢٥ – مذهب القانون الطبيعي عند اليونان

تمييز ارسطو بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي . فقد راعهم ان رأوا ان الانسان كبقية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء، وان هناك قوانين ثابتة لا تتغير، تخضع لها البشرية جميعها في كل زمان ومكان، الى جانب الحوادث العارضة التي تخص كل انسان. فسموا هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعي . وميز أرسطو بين القانون العام، وهو هذا القانون الطبيعي، والقانون الخاص، وهو من وضع البشر، تتخذ كل امة منه ما تهتدي اليه .

فلسفة الرواقيين

وقال الرواقيون بالقانون الطبيعي . فعندهم ان اصل الوجود هو الله في هيئة النار . ثم تحركت النار وحولت جزءا منها الى هواء، وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى ارض . ويسير العالم في هذه الصورة شوطاً مقدراً، وفقاً لسنن محتمة . ثم تفنى الارض في الماء، والماء في الهواء، والهواء في النار، ويعود العالم كتلة نارية كما كانت . ثم ينفصل من النار هواء، ومن الهواء ماء، ومن الماء ارض، مرة اخرى، ويسير العالم هذا الشوط المقدر . وهكذا دواليك .

فيتعاقب على العالم حالان ، البناء والهدم الى مالا نهاية . ويحدث ذلك على اساس لا يتغير ، وقانون طبيعي ثابت .

٢٦ — مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

القانون المدني

وقد ميز فقهاء الرومان بين القانون المدني (Jus civile) وقانون الشعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعي (Jus naturale) . فالاول هو القانون الروماني العتيق الذي كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان

قانون الشعوب

تستمد من مبادئه القانون الذي كان يطبق على الاجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود . اما القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له كل الكائنات الحية من انسان وحيوان . فهناك نوع من التدرج: القانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب يخضع له كل بني الانسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدني يخضع له كل الرومانيين من بني الانسان .

القانون الطبيعي

وقد نقل الرومان مذهبهم في القانون الطبيعي عن الفلسفة اليونانية . وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعي

أثر « قانون الشعوب » في « القانون المدني »

عند اليونان . بل هو قد صار قانونا عملياً ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان في علاقاتهم مع الاجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التي يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون ان الانسانية تخضع لها اذ هي قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا في « القانون المدني » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر في رقي القانون الروماني ، اذ كان مبنيا على العقل في اساسه ، بينما كان « القانون المدني » مبنيا على العادات القديمة والاشكال والاوضاع .

تطور القانون الطبيعي من فلسفة الى قانون الى دين الى سياسة

ونرى مما تقدم ان القانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان ، فصار قانونا عند الرومان ، وسنراه ينقلب دينا في العصور الوسطى ، ثم سياسة في العصور الحديثة .

٢٧ — مذهب القانون الطبيعي في العصور الوسطى في اوربا

القانون الالهي

وورثت المسيحية في العصور الوسطى القانون الطبيعي ، فجعلته القانون الالهي ، وهو قانون أبدي سرمدي ، ثابت لا يتغير ، نصل اليه من طريق الوحي لا من طريق العقل .

٢٨ — مذهب القانون الطبيعي « عند المعتزلة » من المسلمين

من الحاكم بالحسن والقبيح ؟

ومما هو جدير بالذكر ان الاسلام عرف كالمسيحية القانون

الطبيعي . وزاد عليها انه ميز بين القانون الطبيعي والدين . وجعل العقل لا الوحي هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فعندهم أن الحسن والقبح (أي المأمور به والمنهى عنه اي القانون) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما ادركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول اذن بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين . وقد ورد في ارشاد الفحول للشوكاني ص ٧ ما يأتي : « اعلم انه لا خلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة . واما قبل ذلك ، فقالت الاشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما ادرك العقل فيه صفة حسن او قبح لذاته او لصفته او لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك . قالوا والشرع كاشف عما ادركه العقل قبل وروده ... ومحل النزاع بينهم (الاشعرية والمعتزلة) ... هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب آجلا او عاجلا فعند الاشعرية ومن وافقهم ان ذلك لا يثبت إلا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقعاً على وجه مخصوص لاجله يستحق فاعله الذم ». وجاء في التوضيح على

التنقيح : العقل عند (المعتزلة) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلأن الاصلح للعباد واجب على الله بالعقل ، فيكون تركه حراما على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكما بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلان العقل عندهم يوجب الافعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير ان يحكم الله فيها بشيء من ذلك . وعندنا (الاشعرية) الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد على ما مر ، جاعل بعضها حسنا وبعضها قبيحاً ، له في كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، واحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضر ، ومن حسن أو قبح »

مذهب المعتزلة الحاكم هو العقل

وواضح مما قدمناه ان المعتزلة تذهب إلى ان العقل هو الحاكم بالحسن والقبح . ومعنى ذلك ان مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، بخلاف الاشعرية ، فهي تذهب الى ان الحاكم هو الله ، اي ان مصدر القانون هو الشرع لا العقل . فالمعتزلة تقول اذن بقانون العقل ، أي بالقانون الطبيعي ، وهو حاكم على الله وعلى

العباد . فالله واجب عليه الاصلح للعباد ، والعباد يلجأون الى العقل في معرفة القانون . وهذا صريح في ان هناك قانونا طبيعيا يستقل العقل البشري بكشفه ، ولا حاجة بنا الى مشرع ، حتى لو كان هـذا المشرع هو الله . أما الاشعرية فعندهم ان مصدر القانون هو المشرع ، اذ ان الحاكم بالحسن والقبح هو الله . فالاشعرية مذهبهم في القانون مذهب رسمي شكلي ، كمذهب اوستن ومدرسة « الشرح على المتون »، لان القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله .

مذهب الاشعرية
الحاكم هو الله

٢٩ — مذهب القانون الطبيعي في العصور الحديثة

حالة اوربا في القرون الحديثة
تكون القوميات واستقلال الدول

ولم ينقطع مذهب القانون الطبيعي عن الظهور في القرون الحديثة ، بل زادت اهميته في اوربا الى حد كبير في القرنين السابع عشر والثامن عشر . ويرجع ذلك الى أن اوربا كانت قد استكملت في تلك العصور تكوّن قومياتها ، وخلعت سلطان الكنيسة . فانقسمت دولا مستقلة ، ولم يكن لدولة سلطان على الدول الاخرى كما كان الامر في الدولة الرومانية وفي عهد شارلمان . فاقتضى الامر تنظيم علاقات الافراد بالدولة بعد ان قوي سلطان الدولة وتركز ، وتنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض

اساس جديد للقانون الدستوري والقانون الدولي العام

الاخر على اساس جديد . كان لا بد اذن من ايجاد اساس جديد لتطور القانون الدستوري من ناحية ، ولتطور القانون الدولي العام من ناحية اخرى . وكان من الواجب ان يتطور هذان القانونان دون ان تكون هناك سلطة تشريعية كبرى تملي احكام هذا التطور . واذا لم يكن هناك تشريع ، قام العقل الى جانب العادات والتقاليد مقام التشريع . ومن هنا ندرك سبب نهوض مذهب القانون الطبيعي نهوضا عظيما في القرنين السابع عشر والثامن عشر في اوربا . فقد قام هذا المذهب مستنداً الى العقل البشري والتفكير الحر ، ونادى بوجود قانون طبيعي يسيطر على علاقات الافراد بالدولة ، ويسيطر على علاقات الدول بعضها بالبعض الاخر .

القانون الطبيعي هو هذا الاساس الجديد

اما علاقات الافراد بالدولة فتنظيمها يقتضي بحث الاساس الذي تقوم عليه الدولة . وقد تصدى لهذا البحث فلاسفة ثلاثة : هبز (Hobbes) ولوك (Locke) الانجليزيان وروسو (Rousseau) الفرنسي . وكذلك تنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض الاخر يقتضي مراجعة الاساس الذي يبنى عليه القانون الدولي العام . ولما كانت الجمعية الدولية في ذلك العهد تعيش في عهد الفطرة

والبداوة ، فان الفقهاء والفلاسفة لم تجد الا القانون الطبيعي تبني على مبادئه ما يقوم من العلاقات بين الدول ، وكان المؤسس للقانون الطبيعي في عهده الجديد جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف . ونعرض بايجاز لاراء هؤلاء الفلاسفة الاربعة : جروسيوس وهبز ولوك وروسو.

جروسيوس

فجروسيوس (من سنة ١٥٨٣ الى سنة ١٦٤٥) كان فقيها هولنديا كبيراً ، ويعتبر مؤسس القانون الدولي العام في عهده الحديث . وقد اسسه على مبادئ القانون الطبيعي . ووضع كتابه المشهور « قانون الحرب والسلام» (jure Belli et Pacis, Droit de Guerre et Paix) ونشره في سنة ١٦٢٥ . وقد عرف فيه القانون الطبيعي بما يأتي : « القانون الطبيعي هو القاعدة التي يوحي بها العقل القويم ، والتي يقتضاها نحكم بالضرورة أن العمل ظالم أو عادل ، طبقاً لاتفاقه مع المعقول » . على أن جروسيوس ، عندما فصل قواعد القانون الطبيعي ، أقر كثيراً من العادات التي كانت متبعة في زمنه على ما فيها من قسوة وشدة ، فقد أقر الرق والاستبداد والفتح ، اي استعباد الانسان للانسان واستعباد الدولة للدولة . فالاصل عنده ان الانسان حر طبقا للقانون الطبيعي ، ولكنه يفقد

حريته على أثر حرب تقوم ، ويستطيع ان يتنازل عن هذه الحرية بعقد يبرمه ، واذا كان الانسان يستطيع ان يتنازل عن حريته فالامة تستطيع ان تفعل ذلك ايضا فتضع نفسها في كنف امة اخرى تكون سيدة لها على ان تظلها بحمايتها .

هبزولوك وروسو

أما هبز (١٥٨٨ – ١٦٧٩) ولوك (١٦٣٢ – ١٧٠٤) وروسو (١٧١٢ – ١٧٧٨) فقد اتفقوا جميعا فيما يأتي : (اولا) كانت الناس تعيش قبلا في عهد الفطرة قبل ان ينتظموا في الجمعية البشرية (ثانياً) لما كان من المتعذر البقاء في هذه الحالة فان الناس ابرموا عقدا اجتماعيا (Contrat social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما اراد كل منهم تحديد طرفي العقد الاجتماعي واثر هذا العقد ، وفقا للقانون الطبيعي الذي تصوروه . فرأى هبز ان العقد قد تم بين افراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على ان تتنازل الناس عن حرياتها الطبيعية للسلطان ليقيم النظام بينهم وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله ان يستبد بالامر فيهم ، فأن الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هبز في نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التي كانت

حيث يتفقون :
عهد الفطرة
العقد الاجتماعي

حيث يختلفون :
طرفا العقد
اثر العقد

قائمة في انجلترا في عهده . ورأى لوك ، وكان من انصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الانجليزية التي شبت في سنة ١٦٨٨ ، أن العقد الاجتماعي قد ابرم بين الشعب والسلطان ، على ان يتنازل افراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقي ، فاذا اخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعة ، جاز للشعب ان يفسخ العقد الذي ابرمه مع السلطان . وان ينتقض عليه ، وتكون الثورة في هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من انصار سلطان الشعب ، ان العقد الاجتماعي انما ابرم ما بين افراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، اذ لا يوجد غير الشعب سلطان ، ويستعيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكلون امر الاشراف عليها الى وكيل يقيمونه ، ولهم حق عزله اذا اخل بواجبات الوكالة.

ضعف نظرية العقد الاجتماعي

وليس الضعف فى هذه النظريات جميعها راجعا الى انها افترضت وجود عقد اجتماعي لم يثبت التاريخ وجوده ، فأن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعي كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكيفون به الروابط الاجتماعية . وانما الضعف

الحقيقي يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبلا في عهـد الفطرة فلم تنتظمهم جمعية بشرية ، والواقع من الامر ان الجمعية البشرية وجدت منذ وجد الانسان ، ولم يعش الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع .

٣٠ — *مذهب القانون الطبيعي في عهد الثورة الفرنسية وقانون نابليون*

الثورة الفرنسة
اعلان حقوق الانسان

وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حـد كبير بمذهب القانون الطبيعي ، وكانت في تأثرها خاضعة لنظريات روسو في الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادي مشتقة من مذهب القانون الطبيعي . واعلنت الثـورة الفرنسية « حقوق الانسان » (Declaration des Droits de l,Homme) وهي حقوق تستند كلها الى مبادئ القانون الطبيعي ، وقد نصت المادة الاولى منهـا على ما يأتي : تولد الناس وتبقى احرارا متساوين امام القـانون[1] ونصت المادة الثانية على ما يأتي : « الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التي لا تقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والامن ومقاومة

(1) Les hommes naissent et demeurent libres et egaux en droit.

التعسف[١]

قانون نابليون المشروع الاول

وقد كاد واضعو قانون نابليون أن يسجلوا في هذا القانون ما قررته الثورة الفرنسية في « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير. فجاء المشروع الاول لقانون نابليون تنص المادة الاولى منه على ما يأتي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهـذا القانون ليس الا العقل الطبيعي من حيث انه يحكم كل البشر ».[٢] ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

المبحث الثاني

مذهب التطور التاريخي

٣١ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخي :

اتفاق التقنين مع فكرة القانون الطبيعي

كان من شأن فاسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعي . وكانت حركة التقنين في فرنسا التي تمت في عهد نابليون

---

(1) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriete, la securite et la resistance a l'oppression.

(2) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.

متفقة مع هذا المذهب . فما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعي لا يتنافى أذن مع طبيعة القانون ، إذ يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي ، وأن يسجله في كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود ، فأنه ثابت أبدي .

ظهور مذهب التطور التاريخي ووقوفه ضد التقنين

ومهما يكن من أمر ، فأن الفرنسيين أتموا تقنين قوانينهم في السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا الى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة في سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى التقنين الى بعض الأمم الأخرى كالنمسا . وقام تيبو (Thibaut) في المانيا ينادي بتقنين القانون الالماني . فتصدى له سافيني (Savigny) الفقيه الالماني المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين في رسالة مشهورة، نشرت في سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوي كبير في عالم القانون ، فقد ارخت مذهباً جديداً هو مذهب التطور التاريخي .

مذهب التطور التاريخي رد فعل لمذهب القانون الطبيعي

ولقد كانت فكرة التطور مجهولة الى القرن الثامن عشر ، لذلك كان على فلاسفة القانون أن يختاروا في النظر الى القانون بين أن يروه مشيئة تحكمية صادرة من هيئة عليا أو قانوناً طبعياً ثابتاً لا يتغير . فتغلبت فكرة القانون الطبيعي ، وبقيت متغلبة حتى آخر

القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخي ، قال بها بعض الفلاسفة في القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو (Montesquieu) صاحب كتاب « روح الشرائع » ولكن الفكرة لم تصبح مذهباً الا على يد هيجو (١٧٦٨-١٨٤٤) وسافيني (١٧٧٩ - ١٨٦١) في أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث في تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخي كان في الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٢ - المبادىء التي قام عليها مذهب التطور التاريخي :

يقوم مذهب التطور التاريخي على مبدئين :

القانون متغير في المكان وفي الزمان

(أولا) لا يوجد قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقاً لحاجات كل امة وظروفها . فالقانون كاللغة ، ينشأ في البيئة الاجتماعية ، وينمو نمواً ذاتياً ، ويتطور متأثراً بعوامل البيئة الاقليمية والجوية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويترعرع كمظهر من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافاً لمذهب

القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس عاماً وليس ثابتاً . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون أذن متغير في المكان وفي الزمان .

القانون يتطور لا يطور على نحو غير محسوس ودون غاية

(ثانياً) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرة التطور ، فان نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبعث من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هنالك أرادة عاقلة تسيره وتكيفه ، فهو يتطور لا يطوّر .

مهاجمة المبدأ الاول: مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

٣٣ – *مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي* :

وسنرى فيما يلي أن مذهب التطور التاريخي قد هوجم بدوره. وأن مذهب القانون الطبيعي ، بعد ان انتكص في أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير في المكان وفي الزمان ، وأنه لا توجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب اسماً جديداً ، فاصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

مهاجمة المبدأ الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل

تطور القانون خاضعاً لارادة مؤثرة، ومتمشياً مع غاية اجتماعية مرسومة.

وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم في ناحيتيه.

المبحث الثالث

مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

عيب المدرسة التاريخية نفي كل وحدة ما بين القوانين

٣٤ - *للقانون عنصر ثابت وآخر متغير*:

رأينا أن مذهب القانون الطبيعي قد انتكص في أوائل القرن التاسع عشر، واهتز تحت حملات المدرسة التاريخية. ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك، وهاجم بدوره المدرسة التاريخية في ناحيتها الضعيفة. فأن عيب المدرسة التاريخية الظاهر أنها جعلت لكل أمة قانوناً خاصاً بها، وهو قانون متغير. ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم المتغايرة، وأن تجعلها منسجمة في ضرب من الوحدة ينتظمها جميعاً. لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية.

القانون ثابت في اساسه متغير في تفصيلاته

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما في مذهب المدرسة التاريخية من حق، وسلموا بأن لكل أمة قانوناً يتلاءم مع حاجاتها الخاصة، وهو وليد التطور الاجتماعي وخلق البيئة. ولكنهم يرجعون

بعد ذلك الى مذهبهم في القانون الطبيعي ، فيقررون أن هذه القوانين المتغايرة تتجمع كلها حول مبادىء أساسية ثابتة ، وهذه المبادىء الاساسية هي القانون الطبيعي الذي لا يتغير في المكان ولا في الزمان . فالقانون الطبيعي أذا كان ثابتاً لا يتغير ، فأنما يكون ذلك في مبادئه العامة الأساسية التي تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك أذن قانون طبيعي ثابت في أساسه ، متغير في تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة (Droit naturel à cotenu variabe) كما دعاه ستاملر (Stammler) الفقيه الألماني المعروف .

أنصار القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة في الوقت الحاضر

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعي هذه المرونة من مذهب المدرسة التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقاً لظروف المكان والزمان ، تطوراً يغير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره ، وعادت فلاسفة القانون في الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه في فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont) ، وفي المانيا هيجل (Hegel) وستاملر (Stammler) . ويعتبر هيجل زعيم مدرسة القانون

الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

المبادىء الاسياسية

٣٥ - تطبيقات القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

ونورد مثلا على كيفية تطبيق القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة. يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش في المجتمع ، يجب ان يتمتع بحقوق جوهرية ، هي الحق في الحياة وفي السلامة ، والحق في الحرية ، والحق في الاسرة ، والحق في الملكية ، والحق في احترام تعاقده ، والحق في التعويض عن الضرر الذي يصيبه ، والحق في عدم اثراء الغير على حسابه .

تطبيقاتها التفصيلية

الحق في الحياة

هذه هي المباديء الجوهرية التي لا تتغير لا في المكان ولا في الزمان . فاذا ما اردنا تطبيقها وجدنا ان الحق في الحياة لم يعترف به في القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين واسير الحرب وينكر اليوم على القاتل ، ولا ندري هل يبقى هذا الحق منكراً حتى على القاتل ، فان من الفلاسفة من يرى الغاء عقوبة الاعدام .

الحق في الحرية

وكذلك الحق في الحرية بأنواعها ، من حرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع ، يتخذ صوراً واشكالا تختلف باختلاف الامم واختلاف العصور ، فالبلشفية مذهب لا بد من اعتناقه في روسيا ويجوز اعتناقه في فرنسا ، ويحرم اعتناقه في مصر . وكذلك موقف الامم نحو الدين يختلف اختلافاً كبيراً ، فمنها من تتخذ ديناً رسمياً

ولا تبيح غيره ، ومنها من تتخذ ديناً رسمياً وتبيح اعتناق غيره ، ومنها من لا تتخذها ديناً رسمياً وتبيح اعتناق كل الاديان. والاسرة قد تطورت ، فبعد ان كانت امية صارت ابوية ، ويختلف موقف الامم تجاه بعض مسائل تتعلق بالاسرة ، كتعدد الزوجات والطلاق اختلافاً كبيراً . والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية في بعض المنقولات، ثم في البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية والقيود التي تحدها ، وانواعها من ملكية مفرزة او شائعة ومن ملكية مادية او معنوية ، كل هذا يختلف اختلافاً كبيراً من امة الى امة ومن جيل الى جيل . وقل مثل ذلك في العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير. فهناك اذن مبادئ اساسية تبقى واحدة لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادئ تطبيقاً تفصلياً يختلف باختلاف الامة والعصر .

الحق في الاسرة

الحق في الملكية

العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير

٣٦ – تقرير مذهب القانون الطبيعي بنوعيه

عيب مذهب القانون الطبيعي هو انه لا يعطينا قانوناً طبيعياً يجمع بين ان يكون صحيحاً وعملياً . فالقانون الطبيعي الثابت قانون عملي غير صحيح ، والقانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة قانون صحيح غير عملي . وذلك ان القانون الطبيعي الثابت ينزل الى تفاصيل الحياة وينحدر الى تفريعاتها ، فهو عملي من هذه الوجهة،

القانون الطبيعي الثابت : عملي غير صحيح

ولكنه غير صحيح ، لان القانون الذي ينزل الى كل هذه التفصيلات يتغير بتغير الامة والجيل ، فليس صحيحاً ان يقال بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة ، اذا كان صحيحاً لان مبادئه الاساسيه لا تتغير ، فهو غير عملي ، لان هذه المبادئ الاساسية لا تصلح للتطبيق العملي المباشر على تفصيلات الحياة ، اما ما يصلح منه للتطبيق العملي فتفصيلاته المتغيرة .

القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة صحيح غير عملي

ومن ذلك نلمس ضعف القانون الطبيعي فهو ان كان صحيحاً يكون غير عملي ، واذا كان عملياً يكون غير صحيح .

البحث الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

٣٧ - الغاية والكفاح في القانون

الغاية

يعتبر اهرنج (Ihering) (١٨١٨ - ١٨٩٢) الفقيه الالماني المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فعنده ان القانون لا يتطور تطوراً اعمى الى غير غاية ، بل ان نشوءه وتطوره انما يكون طبقاً لغاية مرسومة ، وان عامل الارادة البشرية في تطور القانون عامل لا يجوز اغفاله ، بل ان عامل الارادة هذا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كفاحاً مستعراً ، يوجه القانون الى الغاية

التي تتوخى. ومن ذلك نرى ان اهرنج قد بنى القانون على اساسين: (١) الغاية (But) (٢) والكفاح (Lutte).

الظواهر الطبيعية : قانون السبب
الظواهر الاجتماعية: قانون الغاية

٣٨ ـ قانون السبب وقانون الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها ، هي ان الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، اما الظواهر الاجتماعية والادبية فانها تخضع لقانون الغايه. فالجسم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، والانسان يتصرف تصرفاً معيناً للوصول الى غاية معينة. والاسفنج اذا شرب الماء فأنما يخضع بذلك لقانون السبب، أما الانسان اذا شرب الماء فأنما يخضع لقانون الغاية .

الفرق بين السبب والغاية

والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتي : (١) السبب سابق على المسبب ، أما الغاية فلاحقة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

عمل الانسان لا بد له من غاية

٣٩ ـ القانون وسيلة لغاية :

ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية، فالقانون ليس أذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لا يصدر في عمله الا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون ، له غاية يرسمها لنفسه ، وأن كانت غاية مضطربة

فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة هذه الغاية .

حب الذات وحفظ الذات : اللذة والالم

والغاية من القانون هي حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة الالم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقروناً باللذة التي يدفع اليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقروناً بالألم الذي يبعد عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثواباً يدفع اليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقاباً يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذي ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس الا وسيله لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب الذات وحفظ المجتمع : الثواب والعقاب

القانون وسيله لغاية مبصرة

فالقانون أذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والانسان في ذلك يسير على هدى غايته سيراً أيجابياً ، ولا يقتصر على أن يقف موقفاً سلبياً ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه . بل هو يؤثر في القانون بفعله ، ويكيف تطوره . بل هو يقوم بأ كثر من عمل ايجابي ، يقوم بكفاح عنيف ، حتى يغير من اتجاه

الكفاح في القانون

القانون أذا حاد عن الطريق الموصل للغاية. وقد يقتضي هذا منه عملا عنيفاً بالغاً في العنف ولكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدينة المتطورة لا يشترى الا بهذا الثمن .

٤٠ ـ مزية مذهب الغاية : الموقف الايجابي

من مزايا مذهب الغاية الاجتماعية انه يجانب ما وقع فيه مذهب التطور التاريخي من المبالغة في تصوير القانون تطوراً يقع من تلقاء نفسه ، وينتزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لا قصد له ولا غاية. فنظرية أهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هي حفظ المجموع ، فاذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالاً . فالنظرية أذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل . وتنفض غبار الاتكال الذي يتراكم في مذهب التطور التاريخي ، وهو المذهب الذي يدع الانسن يكتف يديه مكتفياً بأن ينظر القانون يتطور .

الكفاح والواقع من الأمر أن القانون من عمل الأنسان ، يريد ويكافح في سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التي خطت بالأنسانية الى الأمام ألا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير : تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب

وتحرير العمال .

المبحث الخامس

مذهب التضامن الاجتماعي

ديجيه زعيم مذهب التضامن الاجتماعي

٤١ - الاسس التي يقوم عليها المذهب

يعتبر ديجيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعي من رجال القانون . وقد بسط مذهبه في مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على انه مذهب علمي واقعي (Positiviste) ، بعيد كل البعد عن التأثر بالميتافيسيكا (Metaphysique). والميتافيسيكا تختلف عن العلم في انها تبحث في الاصل الاول للاشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تجاوز ذلك الى الجوهر والهيولي . وهذا الاصل الاول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . اما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذي لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمي .

مذهب التضامن الاجتماعي مذهب واقعي لا ميتافيزيكي

ركنا المذهب: الحقائق الواقعة يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديجيه مذهباً علمياً واقعياً ، يصدر عن المشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعي ان يقوم مذهبه على ركنين :

(اولا) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانياً) ما يستخلصه من النتائج من هذه الحقائق الواقعة .

٤٢ـ الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعي

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع

(١) وجود المجتمع : مما لا شك فيه ان الانسان يعيش في المجتمع ، وانه كان دائماً يعيش في المجتمع ، ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضاً ذاتيته المستقلة عند المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع ان يرضيها الا في المجتمع وبالمجتمع .

(٢)وجودالتضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعي : ومادام الانسان يحس ذاتيته ولا يستطيع ان يفي بحاجاته الا في المجتمع، فانه يرتبط بأفراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند دجيه حقيقة واقعة علمية لا مثل اعلى ميتافيسيكي . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقدكان الانسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (cité)وهي مجموعة من الاسر

ربط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة (Nation) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضي من احداث ، وما يزخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بافراد الانسانية جميعاً في المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم: والتضامن الاجتماعي ضربان، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail). فتضامن الاشتراك يأتي من اشتراك الناس في حاجات واحدة، فيتضامنون جميعاً للحصول عليها ، كما يكون الامر بين افراد الاسرة الواحدة. وتضامن التقسيم يأتي من اختلاف الناس في حاجاتها وفي قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل فيما بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الآخرين ما عنده بما عندهم . وتضامن التقسيم هو الذي يسود شيئاً فشيئاً مع تقدم المدنية ، لان الناس مع تقدم المدنية تزيد تبايناً في كفاياتها وفي حاجاتها فيجنح كل فريق الى التخصص .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم

٤٣ ـ النتائج المستخلصة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ ديجيه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص

منها نتيجة ايجابية واخرى سلبية . فالنتيجة الايجابية هي تأكيد وجود القاعدة القانونية (Droit objectif) والنتيجة السلبية هي انكار وجود الحق الفردي (Droit subjectif)

(١) وجود القاعدة القانونية

(١)وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديجيه من الحقائق التي قررها قاعدة قانونية جوهرية هي اساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها في العبارة الآتية : يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعي في أية صورة من صورتيه ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجيه أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية، وان القانون الوضعي (positive low) ، حتى يكون تطبيقاً لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد وللدولة

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة. أما ألزامها للفرد فمعناه أن كل أرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعي ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها . وكل أرادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعي لا يكون لها أثر . أما ألزامها للدولة فمعناه أن الحكومة ملزمة بتمكين الفرد أتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعي ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعي اساساً لها في الادارة وفي القضاء وفي التشريع . والتشريع

بنوع خاص يجب أن يكون قائماً على اساس التضامن الاجتماعي ومحققاً له

قاعدة ثابتة في اساسها متغيرة في تطبيقاتها

فقاعدة التضامن الاجتماعي ثابتة في آساسها متغيرة في تطبيقاتها . مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين الأفراد ، وتطبيق ذلك واضح في الخدمة العسكرية وفي الضريبة التصاعدية وفي التعليم الالزامي . ومقتضى تضامن الاشتراك ايضاً هو احترام نشاط كل فرد في حدود احترام نشاط الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح في عدم تقييد حرية العمل وفي عدم تقييد حق الفرد في تملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها وفي عدم الترخيص باحتكار وسائل الانتاج . ومقتضى تضامن الاشتراك أخيراً هو احترام النشاط الأدبي لكل فرد ، وتطبيق ذلك واضح في وجوب أطلاق حرية الرأي والدين والاجتماع والتعليم والصحافة . والدولة ملزمة كذلك بتحقيق تضامن التقسيم ، فالمساواة التي تحترمها ليست هي المساواة الحسابية بل المساواة التي تتناسب مع كفاية كل فرد. ولا يجوز للدولة أن تلزم الفرد بحرفة معينة ، أو أن تقفل باب حرفة معينة في وجهه ، أو أن تعيد نظام الطوائف الصناعية . والى جانب هذه الالتزامات السلبية توجد التزامات أيجابية . كحفظ الأمن العام والأشراف على

الصحة العامة وايجاد عمل للاصحاء ومساعدة المرضى والعاجزين وحماية الحريات العامة حماية ايجابية وحماية حق الملكية وحماية العمال . .

(٢) عدم وجود الحق الفردي

٢ — عدم وجود الحق الفردى

ويذهب ديجيه الى ان الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه من حيث انه انسان . بل عليه واجب هو ان يقوم بنصيبه في التضامن الاجتماعي . واذا كان له حق فذلك الحق هو ان يقوم بواجبه في تحقيق هذا التضامن .

الحرية وظيفة اجتماعية

فالحرية ليست حقا للفرد . بل هي وظيفة اجتماعية ، تمكّن الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعي ، فيجب تقييدها وفقا لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز ان يكون الانسان حرا في ان ينتحر او يدخل في مبارزة ، ولا في ان يقوم بالعاب خطرة من شأنها ان تعرض حياته للخطر .

الملكية وظيفة اجتماعية

والملكية كذلك ليست حقا للفرد ، بل هي وظيفة اجتماعية. والملكية الفردية تدوم ما دامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية في المدنية الحاضرة انها تحقق التضامن الاجتماعي ، اذ ان هذا التضامن يقتضي ان يستولي كل عامل

على ثمرة عمله ، وان يستطيع ادخاره ، بل ان يورث عنه ، حتى تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها في الانتاج وهي احد اركانه الهامة . فالمالك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم به في تحقيق التضامن الاجتماعي ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . وما دامت الملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها في غير تأدية هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤلية المالك اذا استعمل ملكه في الاضرار بالغير او اساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك ان يمنع الغير من أن يستعمل ملكه هو فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كان يمد الغير اسلاكا للكهرباء فوق ارضه ، او ان يطير محلقا في جوه ، او ان يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد ان يعطيه التعويض المناسب . على ان الملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز ان تبقى الا في الظروف التي تبررها ؛ اما اذا تغيرت الظروف ، وتحورت وسائل الانتاج واصبحت الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فانها يجب ان تزول .

٤٤ . نقد مذهب التضامن الاجتماعي :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن دجيه يزعم أنه خصم لدود للميتافيسيكا وخصم لدود لمذهب القانون الطبيعي ، وأن مذهبه

علمي واقعي . والواقع من الأمر أن مذهبه لا يسلم من الميتافيسيكا حتى في اسسه الجوهرية ، وهو قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

المذهب ميتافيسيكي لا واقعي

أما أن مذهبه لا يسلم من الميتافيسيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هي حقيقة التضامن الاجتماعي . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعي يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما انه يقوم عليها فهذا صحيح . وأما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح . اد ان هناك حقائق اخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعي يقوم عليها المجتمع بل ان هناك حقيقة مناقضة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعي ، هي حقيقة التنافس والتناحر ما بين الافراد وتنازع البقاء ، لها اثر في نظام المجتمع لا يقل في القوة عن اثر التضامن . بقى ان يقول ديجيه ولكن القانون يجب ان يبنى على التضامن لا على التنازع ، ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع الى دائرة الواجب ، اي من دائرة العلم الى دائرة الميتافيسكا

وهو قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

واما ان مذهبه قريب من مذهب القانون الطبيعي دي الحدود المتغيرة فذلك ظاهر فان ديجيه يقرر قاعدة جوهرية هي قاعدة التضامن ، ثم يقول ان هذه القاعدة الجوهرية ثابتة في اساسها متغيرة في تطبيقاتها ويورد تطبيقات متغيرة تدور كلها حول

القاعدة الجوهرية ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة لا يقول بغير ذلك ، فهو يورد اساسا معقولا يبنى عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هذا الاساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل

المبحث السادس

مذهب العلم والصياغة

٤٥ — العلم والصياغة في القانون :

يذهب جني (Geny) ، في كتابه المعروف « العلم والصياغة في القانون الخاص » (Science et Technipue en Droit Prive) ، الى ان القانون شيء معقد في طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقاً حتى تتبين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين: العلم والصياغة .

العلم

فالعلم (Scicnce) ، بالمعنى الواسع الذي يريده جني ، هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهدياً بمثل اعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

الصياغة

والصياغة (Technique) هي القالب التي تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي . فالصياغة اذن هي الشكل والصورة .

ولنبسط القول في كل من هذين العنصرين :

١ – العلم

عوامل اربعة

٤٦ – العوامل الاربعة التي يتضمنها العلم :

يميز جني في العلم بين عوامل أربعة : (١) عامل الحقائق الواقعية (Donnees reelles, naturelles) . (٢) عامل الحقائق التاريخية (Donnees historiques). (٣) عامل الحقائق العقلية (Donnees rationnelles) . (٤) عامل الحقائق المثالية (Donnees ideales) .

الاحوال المادية

٤٧ – عامل الحقائق الواقعية :

الاحوال الادبية

الاحوال الأقتصادية والسياسة والاجتماعية

ويشمل جميع الاحوال الطبيعية التي تحيط بالانسان وتلحق به . وهذه تتضمن الاحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والاحوال الادبية كالحالة النفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية ، والاحوال الاقتصادية ، والاحوال السياسية ، والاحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الاولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها . مثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فانه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة، ومنها احوال ادبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها احوال

مثل ذلك : عقد الزواج

اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا .

٤٨ — عامل الحقائق التاريخية :

ويشمل التطورات التاريخية التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرئها الباحث من التاريخ ، وهي بمثابة مختبر للتجارب في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرئنا التاريخ انها مرّت بادوار متعاقبة من التطور ، فكانت في القديم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للانسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الارض والعقار . ومثل آخر الاسرة . بدأت امية ، اي تنتسب الى الام ، ثم تطورت ابوية اي تنتسب الى الاب وكان للاب [Paterfamilias] سلطة الموت والحياة على افراد اسرته واخذ افراد الاسرة يتحررون شيئاً فشيئاً من هذه السلطة ،حتى انتقلنا الى الاسرة الحديثة ، ولا تزال الاسرة الحديثة في تطور مستمر .

تطور النظم القانونية

مثل ذلك: الملكية

الأسرة

٤٩ — عامل الحقائق العقلية :

ويشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحورها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من اجلها القانون . وهذه

مقارنتها بالقانون الطبيعي

القواعد قليلة العدد عامة التطبيق، وهي مبنية على العقل كما قدمنا. فهي اذن اقرب الى ان تكون اسس القانون الطبيعي الذي استعرضنا مذاهبه المختلفة. على ان ما يمليه العقل كحقائق ثابتة لا يجوز ان يختلط بما يمليه العقل كمثل عليا. مثل ذلك الزواج، يوحى العقل انه يجب ان يكون اقترانا بين رجل وامرأة، ثابتا مستقرا، حتى تنشأ اسرة مدعمة الاركان، ولكن عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق العقلية بل من الحقائق المثالية وهي الحقائق التي تنتقل اليها الآن.

مثل ذلك: الزواج

٥٠ — عامل الحقائق المثالية:

ويشمل المثل العليا التي يرتسمها الانسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير، ومن الايمان لا من العقل. والمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة والجيل، ففي الزواج مثلا قد يكون من المثل العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا. وفي اثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير اثبات النسب الشرعي من طريق افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب في انكار ابوته، وقد يكون الأولى تيسير اثبات النسب الطبيعي والاعتراف بالاسرة الطبيعية. ومن اثر الحقائق المثالية ان القانون يتطور في

العاطفة والايمان لا التفكير والعقل

نسبية المثل العليا: الزواج النسب

تطور القانون في ظل المثل العليا

ظلها . فلا يبقى جامدا ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية في جانب جمود القانون . كما تم الامر فيما يتعلق بالغاء الرق وبايجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

٥١ — ملاحظتان :

عنصر العلم يتضمن قسطا من كل مذهب من المذاهب المتقدمة

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم في القانون نبسط ملاحظتين :

الملاحظة الاولى أن هذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التي سبق استعراضها بقدر ما فيه من حق . فالحقائق الواقعية هي مذهب التضامن الاجتماعي . والحقائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي . والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي . والحقائق المثالية هي مذهب الغاية الاجتماعية .

انتقال القاعدة القانونية من الواقع الى الواجب الى المطبق

الملاحظة الثانية ان القاعدة القانونية ، وهي لا تزال في دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

٢ – الصياغة

٥٢ – نوعاد في الصياغة :

قدمنا ان الصياغة هي القالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من العنصر العلمي، حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمي. وهي العنصر الهام في القانون ، وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

الصياغة المادية والصياغة المنوية

ويميز جني بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية (Procedes materiels) وصياغة معنوية (Procedes intellect-uels]

ا – طرق الصياغة المادية

٥٣ – امثلة على الصياغة المادية :

ويمثل جني لطرق الصياغة المادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

الكم والشكل والتقسيم

(١) الكم مكان الكيف [Quantification en place de qualification]

(٢) الشكل [Forme] (٣) التقسيم [Classification] . ونقول كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ – الكم مكاد الكيف :

ومعنى ذلك، ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه الى تقديره بكمه . وبدلا من ان يصف الشيء وصفاً يدع مجالا عند تطبيقه الى اختلاف الآراء ، يحدده تحديدا عدديا يقف عند رقم معين

لا يكون بعده قابلا للاختلاف في التطبيق . وهذه هي الصياغة القانونية المادية التي ترمي الى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العملي . مثل ذلك التقادم والغبن والربا الفاحش.

أمثلة :

التقادم

ففي التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتي كل من وضع يده على عين مدة طويلة الى حد ان يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين يملك العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من كيف الى كم ، وتصبح القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتي :

الغبن

كل من وضع يده على عين مدة خمسة عشر سنة باعتبار أنه مالك لها يصبح مالكا بالفعل ، وكذلك في الغبن يحدد قدر الغبن الفاحش بأنه الذي يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددي محل التحديد الوصفي . وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٩٪ .

الربا الفاحش

٥٥ — الشكل

التحديد من طريق الاشكال والاوضاع

والشكل طريقة اخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون اشكالا واوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محدودة في الذهن ، مستقرة في التعامل . مثل ذلك بعض العقود الخطيرة التي يرى القانون التنبيه على خطورتها حتى لا يقدم

عليها المتعاقد الا وهو متثبت مما يقدم عليه، كالهبة والرهن والتأمين فمهمى الخطورة هذا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقـد الهبة أو عقد الرهن، ولا بد لتكوين هذين العقدين من كتـابة رسمية بيد موظف مختص، يدونها طبقا لاوضاع معينة. كذلك عند ما يشترط القانون الاثبات الكتابي فيما تزيد قيمته على مبلغ معين، يكون قد لجأ ايضا الى الشكل، وهو هنا الكتابة، في اثبات العقد لا انعقاده. وقل مثل ذلك في اعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القـانون تسجيلها أو قيدها، وفي اجراءات المرافعات، عند ما يشترط القـانون اعلانات مكتوبة في مواعيد معينة واجراءات تتخذ في اوضاع محدودة

أمثلة: تسكوين العقـود الشكلية

اثبات العقود

اعلان التصرفات العقارية

اجراءات المرافعات

٥٦ — التقسيم

ويلجأ القانون الى هذه الطريقة في الصياغة المادية عند ما تزدحم المعاني، ويدفع بعضها بعضا. فحتى ترتب هـذه المعاني، وتتبين الصلة المنطقية ما بينها، يعمد القانون الى التقسيم. مثل ذلك العقـد، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر اثره في المعقود عليه، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفـة الأنواع متباينة الأثر. فاذا عمدنا الى الصياغة من طريق التقسيم امكن

ترتيب المعاني ترتيبا منطقيا

مثل ذلك: تقسيم العقود

ان نقول ان العقد اما ان يقع على ملكية الشيء او على منفعته ، وهو اما ان يكون معاوضة او تبرعا . فاذا وقع على ملكية الشيء معاوضة فهو بيع ، وان تبرعا فهو هبة ، واذا وقع على منفعة الشيء معاوضة فهو اجارة ، وان تبرعا فهو عارية .

ب . طرق الصياغة المعنوية

٥٧ – أمثلة على الصياغة المعنوية

الاوضاع الفرضية والصورية والتصويرية

ويمثل جني للصياغة المعنويه بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك : (١) الاوضاع الفرضية (Presomptions) (٢) الاوضاع الصورية (Fictions). (٣) الاوضاع التصويرية (Constructions)

٥٨ – الاوضاع الفرضية:

الانتقال من المرجح الى المؤكد من طريق الفرض

ويلجأ اليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويغلب وقوعه فيفرض القانون ان هـذا الشيء واقع ، أخذا بالاغلب ، واقراراً للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التي تقضى بان الحيازة في المنقول سند الملكية، لجأ في وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية، اذ فرض ان كل حائز لمنقول بحسن نية مالك لهذا المنقول، وهذا في الغالب يتفق مع الواقع . اما في القليل النادر عندما يكون حائز المنقول غير مالك، فالقانون يفرضه مالـكا حتى يحسم بذلك النزاع

امثلة :
الحيازة في المنقول سند الملكية

عندالتعامل في المنقول، ويطمئن كل انسان انتقل الى يده منقول وهو حسن النية الى انه اصبح مالكا لهـذا المنقول . مثل آخر مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها ان السيد مقصر في اختيار خادمه او في الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولا عن خطأ خادمه .

مسؤولية السيد عن خادمه

٥٩ — الاوضاع الصورية :

. وصف الشيء بوصف منـاقض لحقيقته

ويلجأ اليها المشرع عندما يريد ان يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر مناقض له . مثل العقار بالتخصيص [Immeuble par destination] والمنقول بحسب المآل [Meuble par anticipation] فالعقار بالتخصيص ، كالمواشي والآلات الزراعية الملحقة بالمزرعـة ، منقول حقيقة ، ولـكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلهـا عقاراً حكماً ، او عقاراً بالتخصيص، حتى يلحقها في الحكم بالمزرعة التي خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن المزرعة . والمنقول بحسب المآل ، كالانقاض تبـاع والدار لا تزال قائمـة ، عقار حقيقة اذ الدار لا تزال قائمة ، ولـكن القانون يعكس هذا الوصف، ويجعلها منقولا حكماً ، او منقولا حسب المآل ، أذ مآلها الهدم فتصبح انقاضاً ، حتى يعطيها حكم المنقول من حيث البيع

امثلة:
العقار بالتخصيص
المنقول حسب المآل

والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص اذن ليس عقارا الا من طريق وضع صوري كذلك .

٦٠ — الاوضاع التصويرية :

مد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف

ويلجأ اليها المشرع عندما يريد ان يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف، وليس الشيئان متناقضين كما في الاوضاع الصورية.

مثل ذلك : الملكية الادبية الفنية والصناعية الشخصية المعنوية

مثل ذلك ان يصوغ القانون الملكية الادبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وان يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

الباب الثاني

مصادر القانون

٦١ — تعريف « مصدر القانون » :

مصدر القانون هو الطريق الذي تؤخذ منه قواعده واحكامه.

٦٢ - المصدر الرسمي والمصدر التفسيري :

ومصادر القانون أنواع مختلفة، نقف منها عند نوعين : المصدر الرسمي والمصدر التفسيري .

المصدر الرسمي

فالمصدر الرسمي هو السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة . ولكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الاسلامية مصدرها الرسمي الدين والفقه ، والقانون الانجليزي مصدره الرسمي القضاء والتشريع ، والقانون المصري مصدره الرسمي التشريع والدين والعادة والقانون الطبيعي ومن ذلك نرى ان المصادر الرسمية للقانون هي العادة والدين والقانون الطبيعي والتشريع والفقه والقضاء .

المصدر التفسيري

والمصدر التفسيري هو المرجع الذي يجلو غامض القانون ، ويوضح مبهمه. وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقه والقضاء .

فالفقه والقضاء اذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .

ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتي : العادة والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ثم التشريع والقضاء .

الفصل الاول

العادة والعرف

٦٣ — كيف تنشأ العادة — عنصراها المادى والنفسى :

لا يعيش الانسان الا في المجتمع ومن ثم لامحيص من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولا بد من تنظيم هذه الروابط .

وفي مجتمع فطري لم يجتز الا المراحل الاولى من المدنية، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لا توجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم الروابط الاجتماعية . فتقوم العادة لتنظيم هذه الروابط . وهي

العنصري المادي

تشتمل على عنصرين : (العنصر الأول) هو العنصر المادي، وهو وهو ما يختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديد منشأها بالدقه ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحي في ذلك الظروف التي تحيط به ، وعقله الذي يقدر هذه الظروف ، وغريزته التي يستمد منها الالهام . (العنصر الثاني) هو العنصر

العنصر النفسي:

النفسي ، ويتكون من عاملين . العامل الاول هو الميل الى المألوف ، وايثاره على غير المعروف ، فالناس لا يحبون ان ينحرفوا عن شيء يعرفونه الى شيء يجهلونه ، والطريق التي يشقها الشخص هي الطريق التي يعود اليها . والعامل الثاني غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه في أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ، ويرسخ أثرها في النفوس . هذا الى صبغة دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحوطها بشيء من الهيبة والتقديس .

العنصر النفسي

الميل الى المألوف

حب التقليد

٦٤ — متى تصبح العادة قانونا :

متى توافر للعادة عنصراها المادي والنفسي ، اضطرد اتباعها ، وصار الناس يألفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذاً يستفز الانكار ، ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانونا

وحتى تصبح العادة قانوناً يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

الشروط الواجب توافرها : عامة

(١) أن تكون عامة ، فلا تختص بمكان معين ولا بشخص معين . ولكن يجوز أن تختص بجهة معينة ، فتكون عرفاً محلياً ، أو

قديمة

بطائفة من الناس ، فتكون عرفاً خاصاً بهذه الطائفة . (٢) وأن تكون قديمة ، فيتواتر الجرى عليها منذ العهود القديمة. (٣) وأن تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة ، (٤) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا للآداب ولا للنظام العام ، فاذا اصطدمت العادة مع نص تشريعي فالنص التشريعي ينسخ العادة . واذا كانت العاده مخالفة للآداب أو للنظام العام، (كما في الموت المدني الذي يصحب الرهبنة في المسيحية فإنه مخالف للنظام العام) ، فانها لا تكون قانوناً. (٥) وأن تكون ملزمة. فهناك عرف تجري عليه الناس، على الا يكون ملزماً لهم في تعاملهم ، فمثل هذا العرف لا يكون قانوناً . مثل ذلك ما اصطلحت عليه الناس من التهادي والتعازي في مناسبات معينة ، كالاعياد والافراح والمآتم ونحوها ، وما جرى عليه الجيران من اعمال التسامح فيما بينهم .

ثابتة

غير مخالفة للقانون او النظام العام

ملزمة

سبب اعتبار العادة قانوناً :

ارادة المجتمع

استقرار التعامل

فاذا توافرت هذه الشروط فالعادة تعتبر قانوناً لسببين: (أولاً) لانها تكون اذ ذاك تعبيراً صحيحاً عن ارادة المجتمع . (ثانياً) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعها ، فوجبت مراعاتها حفظاً لاستقرار المعاملات .

ولكن هل العادة قانون لأن المحاكم تطبقها، أو ان المحاكم تطبقها

هل العادة قانون بعد التطبيق او قبله : مدرسة اوستن مدرسة التطور التاريخي

لأنها قانون ؟ يقول بالرأي الاول مدرسة أوستن، فهي لا تعطي المادة صفة القانون الا اذا طبقتها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق ويقول بالرأي الثاني مدرسة التطور التاريخي فعندها أن العادة قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصفتها القانونية ومظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو الى تفضيل الرأي الاخير ، على أن الفرق العملي بين الرأيين ليس بالكبير .

٦٥ — *مصير العادة بعد تقدم المدنية :*

وهكذا تبقى العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها المحل الأول ، بل يكاد يكون لها المحل الوحيد ، في أمة لا تزال في فجر مدنيتها ، حتى إذا تقدمت المدنية ، وتعقدت الروابط الاجتماعية ، وتشعبت العادات ، رأى المجتمع حاجته في أمرين :

ضبط العادات وتسجيلها

(أولاً) في ضبط هذه العادات وتحديدها بعد التشتت والتشعب ، وكثيراً ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما تم ذلك في القانون الفرنسي القديم ، ومع ذلك تبقى قانوناً « غير مكتوب » لأن القانون « المكتوب » ينشأ من أول الأمر مكتوباً كالقانون الذي يكون مصدره التشريع . (ثانياً) في ايجاد مصدر رسمي آخر للقانون ، يكمل ما تقصر العادات دونه ، ويفي بحاجات المدنية

مصدر رسمي آخر للقانون

الناشئة المتجددة ، ويهذب من العادات القديمة بما يجعلها تتمشى مع روح التطور . فلابد اذن من اصلاح اجتماعي ، قد يقوم به نبي من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جنب العادة ، يكملها ويهذب قديمها وينسخ فاسدها ، مصدر رسمي آخر للقانون ، هو الدين او القانون الطبيعي أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها . على أن هذا التطور بالأمر اليسير ، فهي حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولا يزال يداوره حتى يظفر به ، فتخطو المدنية خطوة إلى الامام . وفي هذه الحرب تتنازع الغريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعامليها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاراة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد . كما

تطور العادة من مصدر رسمي الى مصدر تاريخي

ونرى من ذلك ان العادة لها الشأن الاول في مدنية فطرية ، فإذا تقدمت المدنية قل شأن العادة ، وهي اذا بقيت مصدراً رسمياً للقانون فانما تبقى كذلك في حدود ضيقة ، وتنقلب اوما تزحزحت عنه الى مصدر تاريخي . وهكذا تتقدم المدنية ، فيضعف شأن العادة كمصدر رسمي ، وتتسع دائرتها كمصدر تاريخي ، ويحل محل العادة في مدنية متقدمة (إنجلترا مثلاً

الصيد والبداوة الى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة) الدين والقانون الطبيعي والتشريع .

٦٦ — *تطبيق ما تقدم على الشرائع القديمة :*

الشريعة الرومانية

كان ما قدمناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى اذا تقدمت المدنية الرومانية ، وتوافر للشعب الروماني تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه العادات وجمعت في الالواح الاثني عشر المشهورة . وقام التشريع الى جانب العادات مصدراً رسمياً للقانون . وكان القضاء والفقه كذلك مصدرين رسميين في المكان الاول من الاهمية في نشوء القانون الروماني وتطوره .

الشريعة الاسلامية

وكان ذلك أيضاً شأن الشريعة الاسلامية ، فقد كانت الامة العربية ، في بداوتها في عصر الجاهلية ، خاضعة لعاداتها ، وقد اصطبغت بعض هذه العادات بصبغة الدين الوثني . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش في عهد البداوة ، لا يجمعها سلطان واحد . وبقي الامر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبعث النبي ﷺ رسولا ، فانتقص من سلطان العادات ، وقام الدين مصدراً رسمياً للتشريع . على أن العرف بقي مصدراً للقانون في الشريعة الاسلامية ، فقد

كان الاجماع في اول امره عرف اهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الاسلامية أن العادة محكمة ، ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة[1]

الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة في القبائل الانجلوسكسونية ، وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة الانجليزية من قديم . ثم اقترن في القرن الحادي عشر عادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في ذلك الحين . ولما تطورت المدنية الانجليزية وتقدمت ، واصبح المجتمع في حاجة الى مصدر رسمي آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم ، وصارت العادات تقرها الاحكام القضائية ، وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الاحكام فيما كذا المبادئ القانونية بتكررها ، الى ان صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الانجليزية

(١) جاء في مجلة الاحكام العدلية نصوص كثيرة تجعل العادة مصدراً للقانون . ومن هذه النصوص :

م ٣٦ : العادة محكمة . يعني ان العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي .

م ٤١ : انما تعتبر العادة اذا اضطردت او غلبت .

م ٤٣ : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

م ٤٤ : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

م ٤٥ : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

وقام مقام العادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء في الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الانجليزية .

القانون الفرنسي القديم

وبدأ القانون الفرنسي القديم عادات تنظم الروابط الاجتماعية، وامتزج القانون الروماني بهذه العادات بعد الفتح الروماني ، ثم دخل قانون الكنيسة . وبقيت قوانين العادات تنمو وتطرد مع الزمن ، حتى انقسمت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالي ويطبق العادات ، والقسم الجنوبي ويطبق القانون الروماني .

ولما قويت الملكية في فرنسا وتركزت ، جمعت العادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون الفرنسي ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى اوجه في عهد التقنينات المعروفة بتقنينات نابليون ، اذ سيطر المشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي الحديث .

الفصل الثاني

الدين

٦٧ — ما هو الدين :

الدين بمعنى خاص

الدين وحي ينزل من عند الله على نبي من انبيائه ، لارشاد الناس في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الانسان نحو

الله، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس :

الدين بمعنى عام

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحي النبوة غير المنظورة وينسب اليها . فيوجد عدا الاديان المنزلة التي اعترف بها الاسلام أديان اخرى كالبوذية والبراهمية وغيرهما .

الدين والروابط الاجتماعية

ولا يعني الروابط الاجتماعية — وهي وحدها موضع القانون — من الدين الا ما كان راجعاً الى واجب الانسان نحو غيره . اما واجبه نحو الله، وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الاديان ما يتوسع في تناول واجب الانسان نحو غيره توسعها في تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاسلامي والدين اليهودي ، فهذه تكون مصدراً خصباً للقانون . ومنها ما يعني بالواجب نحو الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير الا إلماماً يسيراً ، كالدين المسيحي ، وهذه تكون أيضاً مصدرا للقانون في حدود ضيقة .

٦٨ — متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون

تفاوت الاديان في تناول الروابط الاجتماعية

والدين يكون مصدرا رسمياً للقانون اذا عرض لتنظيم الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على انها من الله ، تجب لها

الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوي لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمي هو الدين .

اثر الدين في العادات

ويأتي الدين بعد العادات مصدراً رسمياً للقانون ، ينسخ من العادات فاسدها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزاً عنيفاً ، ويهدم ما تداعى منه ، ويسير بالانسانية خطوات الى الامام . فهو في مبدأه يمثل التطور والحركة الى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور ، وينضب ذلك المعين الخصب الذى كان يغذي الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى اذا أتى المجددون في الدين ، ونفخوا فيه روح التجديد ، رجع اليه النشاط والحركة ، ثم يعود الى الجمود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٦٩ — اثر الدين فى القوانين الغربية .

حظ الدين ضئيل في القوانين الغربية

وحظ الدين من الاثر في القوانين الغربية ضئيل . وذلك يرجع لسببين : (السبب الاول) أن القانون الروماني كان قد

انتشار القانون الروماني

انتشر في البلاد الغربية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها ، وهو قانون من ارقى القوانين التي عرفها البشر . فلم تستطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعة القديمة . (السبب الثاني) ان

عدم تعرض الدين المسيحي لامور الدنيا

الدين المسيحي لم يعرض لامور الدنيا الا في كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل الى قوم غير اليهود ، وبعث في عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل ان تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون الى جانب الدين .

قانون الكنيسة

على انه اذا كانت القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحي ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين المسيحي وقانون الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب اليه هو الدين المسيحي وقد رأينا السيد المسيح يعطي ما لله لله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التي اتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة المسيحية فمصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقه فيه بروح الدين المسيحي وبالقانون الروماني . وتتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة اهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود . فوضعت لها قواعد خضعت لها البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية في القرون الوسطى عهودا طويلة . ثم سعت البلاد الغربية الى التحرر منها ودأبت في سعيها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة .

الا ان الدين بقى مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . اما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها في مسائل الاحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

٧٠ — اثر الدين في القوانين الشرقية

حظ الدين كبير في القوانين الشرقية : عدم وجود ما يماثل القانون الروماني في الشرق

والامر غير ذلك في القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمي لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى سببين مقابلين للسببين اللذين اوردناهما لتعليل ما للمسيحية من اثر ضئيل في القوانين الغربية (اولا) لم ينتشر في الشرق قانون كالقانون الروماني . ويستقر فيه . حتى يستعصي على الدين اقتلاعه .

الاسلام واليهودية عرضا لشؤن الدنيا

(ثانيا) عرضت الاديان التي انتشرت في البلاد الشرقية ، واهمها الاسلام واليهودية ، لامور الدنيا بالقدر الذي عرضت به لامور الاخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

اليهودية والاسلام

لذلك كان الدين في الشرق مصدرا خصبا تستمد منه القواعد القانونية . ففي اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الاسرة والروابط المالية . اما الاسلام فهو دين ودولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية اربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فانه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقه (ويشمل الاجماع

والقياس) . فاذا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية في افاضة واسهاب ، ففيهما الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الاسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها ، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب اوالسنه يكون مصدرها الرسمي هو الدين .

التمييز بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة في الفقه الاسلامي

على ان الفقه الاسلامي قد بلغ من تقدمه ان ميز فقهاء الشريعة الاسلامية في القواعد التي استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة ولا يدخل تحت حكم القضاء ، أي بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكتنفيذ الوعد بالعقد . وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة او لمانع معين .

٧١ — مستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون

فتح باب الاجتهاد

ومستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون يتوقف على امرين : (اولا) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد اليها جدتها ، حتى تساير احكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من

اخـذ المشرع من الفقه الاسلامي

امور لم تكن معروفة من قبل : (ثانيا) ما تستطيعه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيها يدفعه للرجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقي من احكامها ما يعد متمشيا مع احدث المبادئ القانونية وارقاها ، وفي الشريعة الاسلامية الكثير من ذلك .

الاجماع هو الكفيل بتجدد الشريعة الاسلامية

وعندنا ان الاجماع هو المصدر الخصب الذي يكفل تجدد الشريعة الاسلامية على مر الاجيال ، فاذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا ان نتوقع ان يكون الاجماع هو الباب الذي يدخل منه التشريع ليكون مصدرا رسميا للشريعة الاسلامية .

الفصل الثالث

قواعد العدالة والقانون الطبيعي

٧٢ — ظهور فكرة القانون الطبيعي في الازمان المختلفة :

القانون الطبيعي الثابت

رأينا فيما قدمناه ان فكرة القانون الطبيعي كانت تظهر في كل زمن مصطبغة بصبغة او باخرى . فكان القانون الطبيعي عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفي القرون الوسطى دينا ، وفي العصور الحديثة سياسة .

القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة

ورأينا كذلك ان فكرة القانون الطبيعي الثابت الذي لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة. وقد انتصر لهذه الفكرة الاخيرة كثير من الفقهاء في العصر الحاضر .

ففكرة القانون الطبيعي اذن ، بشكل او بآخر ، كانت ولا تزال موجودة في كل العصور ، لم يخل منها عصر ، حتى وقتنا هذا .

٧٣ — اثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين القديمة

القانون الروماني

وقد تأثر القانون الروماني بقواعد العدالة والقانون الطبيعي تأثرا كبيرا . فتكوّن قانون بني على هذه القواعد ، وكوّنه القضاة الرومانيون ، الى جانب القانون المدني العتيق . فوجد القانونان المدني والبريطوري جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، احدهما بالاخر ، على النحو المعروف في تاريخ القانون الروماني .

الشريعة الاسلامية

وتأثرت الشريعة الاسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الاخذ بالرأي . وسنرى كيف ان الفقه الاسلامي انقسم الى مدرستين ، مدرسة اهل الرأي وعلى رأسها ابو حنيفة ، ومدرسة اهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للراي اثر كبير في تكوين الفقه الاسلامي .

الشريعة الانجليزية

وتأثرت الشريعة الانجليزية اخيرا بقواعد العدالة . وسنرى كيف انشيء ديوان المستشار ترفع اليه الظلامات من جمود القانون الانجليزي العتيق وضيقه ، فيطبق المستشار قواعد العدالة ، وكيف تكوّن الى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان احدهما بالاخر .

٧٤ — اثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الحديثة

القانون المصري والقوانين الغربية

والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي . وفي القانون المصري نصوص تقضي بأنه عند سكوت القانون او ابهامه اونقصه فعلى القاضي ان يرجع الى قواعد العدالة والقانون الطبيعي . ويقضي القانون السويسري وغيره من القوانين الغربية بمثل ذلك .

٧٥ — تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي في حالات مختلفة نذكر منها الملكية الادبية والفنية والصناعية ونظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة :

٧٦ — الملكية الادبية والفنية والصناعية

قضاء المحاكم

لا يوجد حتى الان في القانون المصري نصوص تنظم هذا

النوع من الملكية على اهميته . وقد اشارت بعض نصوص القانون المدني والقانون الجنائي الى وجود ملكية ادبية وفنية وصناعية ، ولكنها اشارت في الوقت ذاته الى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك تلتجي المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضي بتعويض على كل من يتعدى على حرمة هذه الملكية .

مشروع قانون — وهناك مشروع اعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الادبية ولكنها مترددة في انفاذه ، اذ تخشى ان تضع قيودا مرهقة على الحركة الادبية الناشئة من طريق حماية المؤلفات الاجنبية .

٧٧ — نظرية التعسف في استعمال الحق

بسط النظرية — اصبحت هذه النظرية مستقرة في القضاء المصري استقرارها في القضاء الفرنسي . والجديد في هذه النظرية انها تجعل من يقتصر على استعمال حقه ، ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال ، مسئولا عما اصاب به الغير من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها انها ترتب مسؤولية على شخص قد اقتصر على استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق . فأتت النظرية تقرر ان الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالغرض الاجتماعي الذي

وجدت من أجله . فاذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا الغرض ، وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية الا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

امثلة عليها — ومن الامثلة على التعسف في استعمال الحق تعسف المالك في استعمال حق ملكيته كمن يبني جداراً عالياً يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن تكون له فائدة من ذلك ، وتعسف صاحب العمل في فصل عامل لسبب غير مشروع أو في وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين في رفع الدعاوي الكيدية ونحو ذلك .

٧٩ – نظرية تحمل التبعة

بسط النظرية — وهذه نظرية تأخذها بعض المحاكم المصرية ، وتبنيها على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والاصل أن الشخص لا يكون مسؤلا الا إذا ثبت خطأ في جانبه . اما اذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هي نظرية المسئولية التقصيرية . الا ان تقدم المدنية ، وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه ان جعل في يد الانسان اشياء جمة النفع شديدة الخطر ، فاذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل ان

يتحمل تبعة ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ في جانبه ، والغرم بالغنم .

امثلة عليها — ومن الامثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ، ونحو ذلك .

٨٠ — نظرية الحوادث الطارئة

بسط النظرية — وهذه نظرية اخذت بها محكمة استئناف مصر الاهلية ، ولكن محكمة النقض لم تأخذ بها . وهي نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والاصل ان الملتزم لا يعفى من تنفيذ التزامه الا اذا اصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه اذا وقع ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . فاذا كان الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فهو لا يعفي المدين من التزامه ، حتى لو كان هذا التنفيذ قد اصبح مرهقا عسيرا . وهذا الشطر الاخير من النظرية غير عادل . فقواعد العدالة تقضي بأنه اذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارئ لم يكن متوقعا وكان من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب تخفيف وطأة

امثلة عليها — هذا الارهاق فيعفي المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضي

به نظرية الحوادث الطارئة . وقد اخذت بها المحكمة الادارية العليا في فرنسا في قضية ثبت فيها ان شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تعهدت بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم ارتفاعاً فاحشاً ، واصبح الزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه مرهقاً لها . واخذت محكمة استئناف مصر الاهلية بالنظرية في قضية ثبت منها ان تاجراً تعهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت ان كانت التسعيرة الاجبارية قائمة ثم الغيت هذه التسعيرة ، فارتفع سعر الحبوب الى خمسة امثاله واصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين

الفصل الرابع

التشريع

٨١ — اهمية التشريع في العصر الحاضر

اذا كانت العصور القديمة هي عصور العادات والدين . فان العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو اهم مصدر للقانون الحديث . والهيئة التشريعية في الدولة الحديثة اكثر ما تكون عملا . واشد ما تكون نشاطاً . وقد تناقصت اهمية المصادر

الاخرى بالقدر الذي تزايدت به اهمية التشريع .

اسباب اهمية التشريع

ويرجع ازدياد اهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها :

تركيز الدولة

(اولا) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون اقوياء للدولة . كما كان الامر في العصور الوسطى . اذ كان النبلاء في العهد الاقطاعي ، وكانت الكنيسة في العصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها

الدمقراطية

(ثانياً) تفشي الدمقراطية مما جعل في الدولة هيئة معدة للتشريع هي في نشاط متزايد

الاشتراكية

(ثالثاً) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، اي الى تدخل الدولة في شؤون الافراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتعليم ومسائل العمال واسعاف المرضى والعجزة ، كانت تعتبر قبلا من شؤون الافراد الخاصة ، وهي اليوم تعتبر من مهمات الدولة الاساسية . تصدر فيها التشريع تلو التشريع .

سهولة التشريع

(رابعاً) سهولة التشريع بالاضافة الى المصادر الاخرى . فان المشرع يستطيع بجرة قلم ان يسن تشريعاً صالحاً وان ينسخ تشريعاً فاسداً . اما العادات وغيرها من المصادر الاخرى فبطيئة في تطورها ، وهي اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

دائرة التشريع

ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . على ان المشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو في تعرضه لها انما يقر ما تعودته الناس في معاملاتهم ، ويحدد شكل التعامل اكثر مما يعرض لموضوعه .

قوة التشريع الحقيقية

على ان المشرع لا يخلق القانون خلقاً كما قد يتوهم . فهو يستمد مادة تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن المثل العليا التي يتوخاها طبقاً لمدنية عصره ومن الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية . وكل ما يفعل المشرع هو ان يضع القاعدة القانونية التي أستمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في الفاظ من عنده . ويعطي للقاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من المصادر الاخرى في انه مصدر للمعنى وللفظ لا المعنى فقط .

٨٢ — مقارنة التشريع بالمصادر الاخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الاخرى نذكر منها ما يأتي :

عدم السريان على الماضي

(اولا) القانون الذي يكون مصدره العادات او القضاء ، فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضي .

سهولة الغاء التشريع

(ثانياً) يجوز الغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية التي تستمد من مصادر اخرى فمن الصعب نسخها بغير التشريع

ولذلك كانت اكثر بطئاً في تطورها .

وضع قواعد عامة

(ثالثاً) التشريع يضع قواعد عامة ، اما القضاء وغيره من المصادر الاخرى فقواعدها تنصرف في اكثر الاحوال الى مسائل تفصيلية ، دون ان تسمو الى دائرة القواعد العامة .

سهولة الرجوع الى التشريع

(رابعاً) يسهل الرجوع الى التشريع . فالقواعد القانونية المستمدة من التشريع معروفة معنى ولفظاً ، ولا يقع الخطأ في وجودها ، وان امكن الخطأ في تفسيرها . اما القضاء وغيره من المصادر الاخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالشك هنا يكون في وجود القاعدة القانونية لا في تفسيرها .

ونتكلم في سن التشريع ، وتجميعه ، وتطبيقه من حيث المكان والزمان ، وتفسيره ، والغائه .

المبحث الاول

سن التشريع

٨٣ — ما هو سن التشريع

تقسيم الموضوع

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية في الدولة . ونتكلم في المبادئ العامة في سن التشريع ثم في سن التشريع في العراق .

١ – المبادئ العامة في سن التشريع

٨٤ – الهيئة التشريعية

تنوع الهيئة التشريعية

يوكل سن التشريع الى الهيئة التشريعية . والهيئة التشريعية في كل دولة يحددها دستورها وهي تارة تكون فرداً مستبداً كما في الملكية المطلقة ، وطوراً تكون مجلساً او مجالس نيابية او غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة (امبراطورا كان او ملكا او رئيس جمهورية او غير ذلك)

٨٥ – تدرج التشريع

والتشريع انواع متدرجة . ففي القمة التشريع الدستوري ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

التشريع الاساسي

فالتشريع الدستوري هو التشريع الاساسي الذي يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها بالبعض الاخر .

التشريع الرئيسي

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب ان تكون خاضعة للتشريع الدستوري وفي حدود دائرتها . فالتشريع الذي يصطدم مع

المبادئ الدستورية يكون تشريعاً باطلا .

التشريع الفرعي

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية هو تشريع تفصيلي يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التى تصدر من هيئات تنفيذية يفوض اليها امر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة في التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسي خضوع التشريع الرئيسي للتشريع الاساسي والدستوري . فلا يجوز ان يصطدم التشريع الفرعي مع التشريع الاساسي ، والا كان باطلا .

٨٦ — رقابة القضاء على التشريع .

مسالة دستورية القوانين

ونري من ذلك ان التشريع انواع متدرجة ، تخضع كل درجة للدرجة التي فوقها . ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحاً يجب الا يصطدم بتشريع من درجة أعلي ، فاذا اصطدم به كان غير صحيح او غير دستوري . ولكن هل يستطيع القضاء ان يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، او بعبارة اخرى هل القضاء رقابة على دستورية القوانين ؟

رقابة المحاكم مطلقة

تختلف البلاد اختلافا بينا بالنسبة لموقفها من هذه المسألة

فمنها مايعطي للقضاء سلطة تامة في الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الاميركية ، فان المحاكم هناك لها ان تقرر بطلان أي تشريع تراه مصطدماً مع نصوص الدستور ، وكثيراً ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل ان حكومة الولايات المتحدة الاميركية هي حكومة القضاء ، ويرجع السبب في ذلك غالباً الى ان الولايات المتحدة الاميركية مجموعة من الولايات يتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتي ، فاذا صدر تشريع وجب ان يصدر وفقاً للدستور الذي ربط هذه الولايات وهناك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تعترف المحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا في حدود معينة ، تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراماً لمبدأ فصل السلطات .

رقابة المحاكم محدودة

٨٧ — *كيفية تحضير التشريع وسنه*

التشريع الاساسي

أما التشريع الدستوري فتارة يكون منحة من السلطان لشعبه ، ويصدر في شكل امر رئيس الدولة وطوراً يعتبر ملزماً للسلطان والشعب معاً ، ويصدر في شكل امر من رئيس الدولة كذلك او يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فاذا كان الدستور منحة من السلطان انطبق هذا على

رأي الفيلسوف هبز ، واذا كان ملزماً للسلطان وافق هذا رأي الفيلسوف لك ، واذا اصدرته جمعية وطنية تمشى هذا مع رأي الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الاشارة الى هذه الآراء الثلاثة.

التشريع الرئيسي

اما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير، فالتصويت ، فالتصديق، فالاصدار، فالتنفيذ. تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذي اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فاذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة للتصديق عليه ، حتى اذا ما صدق عليه اصبح قانوناً . وبعد التصديق يأتي دور الاصدار ، واصدار القانون هو اعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الاصدار اي اعلان وجود القانون والامر بتنفيذه ، ثم يأتي دور النشر في جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تمضي مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عالمين بالقانون فيصبح قانوناً نافذاً .

التشريع الفرعي

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التي اصدرته، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر في هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض اليها امر التشريع في مسائل

معينة ، وتارة تكون ادارة من ادارات السلطة التنفيذية ، او ادارة محلية ونحو ذلك .

٢ · سن التشريع في العراق

٨٨ — الهيئة التشريعية في العراق

تأليفها

يتولى السلطة التشريعية في العراق الملك ومجلس الامة . وللسلطة التشريعية حق وضع القوانين وتعديلها والغائها. ومجلس الامة يتألف من مجلسي الاعيان والنواب .

٨٩ — تدرج التشريع في العراق

التشريع الدستوري

وفي العراق التشريع متدرج على النحو الذي اوضحناه . فالتشريع الدستوري هو القانون الاساسي للبلاد . ويليه في القوة التشريع الصادر من مجلس الامة مصدقاً عليه من الملك . ثم يلي ذلك الانظمة التي تصدر بارادة ملكيه في مسائل تشريعية تفصيلية، والقرارات التي يصدرها الوزراء ونحوهم .

التشريع الاصل

التشريع الفرعي

٩٠ — كيفية تحضير التشريع وسنه في العراق

التشريع الدستوري

صدر التشريع الدستوري في العراق على اساس ان « سيادة المملكة العراقية الدستورية للامة وهي وديعة الشعب الملك » . فالقانون الاساسي العراقي يتفق اذن مع مذهب روسو من ان

السلطان للامة وان الحكومة وكيلة عن الامة وكل تعديل في الدستور يقدم الآن يجب ان يوافق عليه كل من مجلس النواب والاعيان باكثرية مؤلفة من ثلثي اعضاء المجلسين المذكورين، وبعد الموافقة عليه يحل مجلس النواب وينتخب المجلس الجديد، فيعرض عليه وعلى مجلس الاعيان التعديل المتخذ من المجلس المنحل مرة ثانية، فاذا اقترن بموافقة المجلسين باكثرية مؤلفة من ثلثي اعضاء كليهما ايضاً يعرض على الملك ليصدق عليه وينشر.

التشريع الرئيسي

اما التشريع الذي يصدر من الهيئة التشريعية الرئيسية فيسن على النحو الآتي: ترفع اللوائح القانونية، بعد ان تحضرها الوزارات المختصة وتمحصها دائرة التدوين، الى احد المجلسين، فاذا قبلها ترفع الى الثاني وبعد قبولها من المجلسين تعرض على الملك، فاما ان يصدق عليها، واما ان يعيدها مع بيان اسباب الاعادة في برهة ثلاثة اشهر، الا اذا قرر احد المجلسين تعجيلها، فيقتضي تصديقها او اعادتها خلال خمسة عشر يوماً لاعادة النظر مع بيان الاسباب الموجبة. واذا صدق الملك على القانون فانه يأمر بنشره في الجريدة الرسمية حتى يصبح نافذاً. واذا ظهرت ضرورة اثناء عطلة مجلس الامة، لاتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والامن العام، او لدفع خطر عام، او لصرف مبالغ مستعجلة لم يؤذن بصرفها في

الميزانية او بقانون خاص ، او للقيام بواجبات المعاهدات ، فللملك الحق في اصدار مراسيم بموافقة هيئة الوزراء تكون لهـا قوة قانونية تقضي باتخاذ التدابير اللازمة بمقتضى الاحوال ، على الا تكون مخالفة لاحكام القانون الاساسي ، ويجب عرضها جميعا على مجلس الامة في اول اجتماع ، عدا ما صـدر منها لاجل القيام بواجبات المعاهدات المصدق عليها من قبل مجلس الامة او المجلس التأسيسي ، فان لم يصدق مجلس الامة على هذه المراسيم ، فعلى الحـكومة ان تعلن انتهاء حكمها ، وتعتبر ملغاة من تاريخ هـذا الاعلان .

التشريع الفرعي

اما التشريع الفرعي ، فالانظمة تصدر بارادة ملكية بعـد موافقة مجلس الوزراء ، والقرارات يصدرها الوزير او الهيئـة المختصة .

المبحث الثاني

تجميع القوانين (التقنين)

٩١ — ما هو التقنين — مزاياه وعيوبه

تعريف التقنين

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها ، بحيث يسهل

على من يرجع الى التقنين ان يجد القاعدة القانونية المطلوبة .

مزية التقنين

وللتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الاحكام القانونية بعد ان جمعت في كتاب واحد ، وفي هذا فائدة كبيرة للقضاة وللمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون. ولكن التقنين من شأنه ان يحبس القانون في نصوص مرتبة مبوبة ، فيجمد على هذه النصوص ، والقانون كائن حي ، لا يمكن قسره على الجمود بمنعه من التطور .

ضرر التقنين

ضرورة التقنين

على ان التقنين قد يكون ضروريا اذا اريد توحيد القانون ، كما وقع ذلك في فرنسا وفي المانيا وفي سويسرا . ويكون ضروريا كذلك اذا اريد ادخال قانون اجنبي ، كما وقع ذلك في مصر وفي تركيا .

٩٢ — *تقنين الشرائع القديمة*

والتقنين لا يكون في العادة الا بعد ان يجتاز القانون مرحلة من النمو والتطور تجعله قابلا للتجميع ، وتجعل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه هذه المرحلة .

القانون الروماني

وهذا ما وقع للقانون الروماني ، فقد قنن مرتين ، مرة عند نهاية المرحلة الاولى من نموه ، في الالواح الاثنى عشر ، واخرى عند نهاية المرحلة الاخيرة من نموه ، في تقنينات جوستنيان .

القانون الانجليزي

وهذا ما وقع ايضاً ، بقدر محدود ، للقانون الانجليزي . على ان القانون الانجليزي يستعصي عادة على التقنين ، فان مصدره الاساسي هو القضاء ، والقضاء لا يقنن لانه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين في القضاء تجميع الاحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على ان القانون الانجليزي قد قنن في بعض اجزائه ، كما في القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالاوراق المالية وبالشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنيناً غير رسمي كما فعل جنكس ودايسي وستيفن .

الشريعة الاسلامية

أما الشريعة الاسلامية فبقيت غير مقننة ، الى ان اصدر الاتراك تقنينهم المشهور في المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة في بعض البلاد العربية كالعراق وسوريا . وقد قنن المرحوم قدري باشا الشريعة الاسلامية تقنيناً غير رسمي في كتبه الشهيرة : مرشد الحيران في المعاملات والاحوال الشخصية والوقف .

٩٣ — حركة التقنين الحديثة

تقنينات نابليون

على ان الحركة القوية في التقنين بدأت في اوائل القرن التاسع عشر بتقنينات نابليون المشهورة ، واهمها التقنين المدني الذي صدر في سنة ١٨٠٤ ، وصدرت بعده تقنينات اخرى في قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ ، وفي القانونين التجاري والبحري في

سنة ١٨٠٧ ، وفي قانون الاجراءات الجنائية في سنة ١٨٠٩ ، وفي القانون الجنائي في سنة ١٨١٠ . ثم قنن في العهد الاخير فروع اخرى للقانون الفرنسي ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل والتقنين الخاص بالتشريع الزراعي .

التقنينات التالية

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات اخرى كثيرة في البلاد الاوربية . التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الايطالي في سنة ١٨٦٥ ، والتقنين العثماني (المجلة) في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسري في سنة ١٨٨١ ، والتقنين الالماني في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في الالتزامات في سنة ١٩١٢ .

التقنينات الشرقية

واقتفت البلاد الشرقية اثر اوربا فى التقنين ، فصدر التقنين الهندي الجنائي فى سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية فى سنتي ١٨٧٥و١٨٨٣ ، والتقنين السوداني الجنائي فى سنة ١٨٩١ . وصدر فى القرن الحاضر التقنين الياباني والتقنين الصيني . والتقنين العراقي فى العقوبات وفى المرافعات الجزائية .

وقوف المدرسة التاريخية في وجه التقنين

٩٤ — اصول التقنين الحكيم

وقد عقب التقنينات الفرنسية فى اوائل القرن التاسع عشر ان قامت حركة تبشر بالتقنين . وقام فى المانيا الفقيه تيبو ينادي بوجوب تقنين القانون الالماني . فتصدى له سافيني زعيم المدرسة

التاريخية ، ووقف في وجه التقنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سبباً في تأخير التقنين الالماني نحو قرن ، اذ صدر هذا التقنين في آخر القرن التاسع عشر كما قدمنا . ولم تكن وقفة سافيني الا نتيجة طبيعية لمذهبه في القانون ، فهو يراه تطوراً مستمراً والتقنين يقف من حركة هذا التطور . اما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين في اول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعي الثابت الابدي، فكان من المعقول ان يسلموا بفائدة التقنين بل بضرورته .

اصول التقنين الصالح

على ان الواقع من الامر ان التقنين له مزايا وله عيوب كما قدمنا، فمن المغالاة التعصب له او عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه اذا كان حكيما . واهم اصول التقنين الحكيم ان يتجنب التعريفات العلمية ، ويترك الخوض في التفصيلات الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية ، تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها مجالا لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون في نصوص جامدة تقف به دون التطور .

المهمة الحقيقية للتقنين

والواجب ان نفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فان التقنين لا يلبث ان يتم حتى يقوم الى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية

ما يكاد يغطى على القواعد التي سجلها التقنين . انما يراد بالتقنين ان يكوون مفتاحاً للبحث يجعل العثور على القواعد القانونية سهلا ، على ان يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الاخرى واهمها الفقه والقضاء . فاذا كانت هذه هي مهمة التقنين ، فلا شك في انه قد اسدى خدمة جليلة في هذا السبيل ، ولا ينكر احد ان التشريع المقنن اسهل في بحثه من القانون « غير المكتوب » الذي يجب ان نتلمس احكامه في السوابق القضائية المتكدسة او في كتب الفقه الواسعة .

على ان التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، تجب مراجعته من وقت لآخر ، حتى يكون متمشياً مع حالة القضاء والفقه . اما التقنين الذي لا يراجع فلا يلبث ان يصير قديماً ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره اشد من نفعه ، اذ يصبح خداعاً .

المبحث الثالث

تطبيق التشريع

٩٥ — التطبيق في المكان وفي الزمان

معنى التطبيق من حيث المكان

نتكلم في تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله

التشريع في تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع، والى اي حد يمتد الى الاجانب. اما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى ما يتناوله التشريع في تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى اقضية سابقة على صدوره فيكون له اثر رجعي . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الاشخاص ومن حيث الاقضية .

مدى التطبيق من حيث الزمان

١ . تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٦ — القاعدة الاساسية هي وحدة القانون ووحدة المحكمة :

وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة في القانون الحديث ان التشريع ، والقانون بوجه عام ، يطبق في حدود الدولة على جميع القاطنين في بلادها ، سواء كانوا وطنيين أو اجانب . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون ووحدة المحكمة هما أساس تطبيق التشريع من حيث المكان .

امثلة على ذلك

وتطبيقا لهذه القاعدة نرى التشريع والقوانين الفرنسية تطبق على جميع القاطنين في البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة في فرنسا حوكم امام محكمة فرنسيه ، وطبق عليه القانون الجنائي الفرنسي ، سواء كان فرنسيا او اجنبيا ، ومن صدر منه تصرف

مدني او تجاري ونشأ عنه نزاع ، طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية، وطبق القانون المدني اوالقانون التجاري الفرنسي، سواء كان الخصوم فرنسيين او اجانب. فلا يوجد في فرنسا الا محكمة واحدة هي المحكمة الفرنسية ، والا قانون واحد هو القانون الفرنسي. وكذلك الحال في سائر البلاد الغربية .

٩٧ — استثناءات من هذه القاعدة

على انه يستثنى من قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون بعض حالات يكون التطبيق فيها شخصياً نذكر منها ما يأتي :

قواعد القانون الدولي الخاص

(١) ما تقضي به قواعد القانون الدولي الخاص من وجوب تطبيق قوانين اجنبية في بعض الاحوال ، كقانون الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية ، وقانون محل العقار في المسائل العقارية، ونحو ذلك . الا انه يلاحظ هنا ان القانون الاجنبي انما يطبق لان القانون الوطني هو الذي قضى بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الاجنبي انما هو تطبيق للقانون الوطني .

قواعد القانون الجنائي

(٢) ما يقضي به القانون الجنائي في كثير من البلاد من امتداد سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما اذا كانت الجريمة ضد أمن الدولة او ضد نقدها، وكما اذا كان مرتكب الجريمة وطنياً ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقباً

عليها في البلاد التي ارتكبت فيها ولم توقع عليه عقوبة في هذه البلاد .

قواعد خاصه بالوطنين

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق الا على الوطنيين دون الاجانب ، اما لانها تتضمن مزايا سياسية كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة ؛ او لانها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين كالخدمة العسكرية .

٩٨ — تاريخ تطور القاعدة

على ان قاعدة التطبيق الاقليمي للتشريع لم تكن مضطردة في مختلف العصور ، وهي غير مضطردة الآن في مختلف البلاد .

تطور القاعدة في مختلف العصور

اما من حيث عدم اضطرادها في مختلف العصور ، فقد كان القانون الروماني في روما لا يطبق الا على الرومانيين دون الاجانب ، فكان التطبيق شخصياً لا اقليمياً . ثم لما اتسعت الامبراطورية الرومانية صار التطبيق اقليمياً ، وطبق القانون الروماني على القاطنين في حدود الامبراطورية . ولما تمزقت الامبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع التطبيق شخصياً ، واستمر كذلك قروناً عديدة ، وصار للقانون الروماني يطبق على السكان الاصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على افرادها ، وذلك كله في البلد الواحد . فاذا كان خصوم القضية

لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون المدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الروماني ، وتوحدت القوانين في البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون اقليمياً كما كان ، واصبحت هذه هي القاعدة العامة في البلاد الغربية كما قدمنا .

عدم اضطراد القاعدة في مختلف البلاد

اما من حيث عدم اضطراد القاعدة في مختلف البلاد ، فان كثيراً من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل ان القاعدة عندها هي شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك في مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية ، فيطبق قانون الدين في الاحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية في المسائل الجنائية وبعض المسائل المدنية والتجارية . على ان النزعة الحديثة في البلاد الشرقية هي القضاء على التطبيق الشخصي للقانون واستبدال التطبيق الاقليمي به ، جرياً على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت اليابان الى ذلك ، ثم تلتها تركيا ثم فارس . وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون .

٩٩ — الحالة في مصر وفي العراق (الجنسية والدين)

في مصر : الامتيازات الاجنبية والامتيازات الطائفية

والقاعدة في مصر هي ان القانون شخصي التطبيق . وقد دعا الى ذلك عاملان ، الجنسية والدين . فالجنسية اوجدت محاكم للاجانب خاصة بهم وقوانين تطبق عليهم . والدين فرق بين

المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجد محاكم وقوانين المسلمين غير المحاكم والقوانين التي لغير المسلمين. وبعبارة اخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق في مصر الى الامتيازات الاجنبية والامتيازات الطائفية .

في العراق : الامتيازات الطائفية

اما في العراق فقد زالت الامتيازات الاجنبية ، ولكن الامتيازات الطائفية لا تزال باقية . وترتب على ذلك انه يوجد نوعان من المحاكم ، محاكم عامة ومحاكم الاحوال الشخصية .

٢ . تطبيق التشريع من حيث الزمان

(عدم سريان القانون على الماضي)

١٠٠ — القاعدة ان التشريع ليس له اثر رجعي فلا يسرى على الماضي:

وللتشريع حدود في التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده في التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق الا على الحوادث التي وقعت من وقت صدوره الى وقت الغائه . فلا يمتد الى الحوادث التي تقع بعد الغائه . ولا ينسحب على الحوادث التي وقعت قبل صدوره .

مبررات القاعدة
العدالة
استقرار التعامل

والقاعدة التي تقضي بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث التي وقعت قبل صدوره هي التي نعبر عنها بعدم سريان القانون على

الماضي . (Non-retroactivite) وهي قاعدة معقولة ، تقتضيها العدالة وضرورة استقرار المعاملات. فالعدالة تأبى ان يطبق تشريع على حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضي بأن التشريع الذي كان سارياً وقت وقوع هذه الحادثة هو الذي يطبق ، لان الناس اطمأنت الى ذلك في تعاملها، ورتبت شؤونها على هذا الحساب.

أمثلة : والامثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثالين :

بيع الوفاء الذي يخفي رهنا

(١) صدر تشريع فى مصر فى سنة ١٩٢٣ يقضي بانه اذا كان بيع الوفاء مقصوداً به اخفاء رهن حيازة عقاري، فان العقد يعتبر باطلا لا اثر له ، سواء بصفته بيعاً او رهناً . وقد كان البيع الوفائى المقصود به اخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب حقيقته ، فيعتبر رهناً صحيحاً. فكل بيع وفاء يخفى رهناً، وكان صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣ ، لا يسري عليه هذا التشريع الاخير ، فلا يبطل باعتباره رهناً ، بل يكون صحيحاً على هذا الاعتبار . وفى هذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣ على الماضي .

قانون التسجيل الحديث في مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحديث في مصر يقضي بأن العقود الناقلة للملكية بين الاحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل ان الملكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين . وقد

كان القانون المدني يقضي قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية الا بالنسبة للغير . فالعقود غير المسجلة التي صدرت قبل اول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل بالتشريع الجديد) ، لا يسري عليها هذا التشريع حتى لا يكون له اثر رجعي ، وتكون هـذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

١٠١ — *التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الامل*

على أن المقصود بعـدم سريان القانون على الماضي هو أنه لا يمس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فاذا كان التشريع لا يمس حقاً مكتسباً ، فانه يسرى على الحوادث السابقة مادام لا يصطدم إلا مع مجرد أمل لا مع حق مكتسب ويورد أمثلة على ذلك :

تغيير القدر الذي يمكن الايصاء به

(١) الوصية لاتجوز لغير وارث إلا في الثلث . فلو أن شخصا أوصى لغير وارث بثلث ماله ، ثم صدر هذا التشريع بعد موت الموصي ، فهو لا يسري على الوصية ، لانه اذا سرى يمس حقـا امكتسبا للموصي له ، بعد أن انتقلت اليـه ملكية الثلث بموت لموصي . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الموصي ، ولو بعد عمل الوصية ، فانه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت

صدور التشريع لم يكن كسب حقاً اذ لا يزال الموصي حيا وله ان يرجع في وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل في ان يكون له حق في الموصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يعني بمجرد الامل ، فيسري التشريع في هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به الى الربع .

تغيير مدة التقادم

(٢) يقضي القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو ان شخصاً وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم الى عشرين سنة ، فان هذا التشريع لا يسري على الحادثة التي نحن بصددها ، لان واضع اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . اما اذا كان صدور التشريع الجديد بعد ان مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فان التشريع يسري على هذه الحادثة ، لان واضع اليد لم يكن قد كسب حقا وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه الا مجرد امل في ان يتم مدة التقادم المكسب الملكية ، فلا يكترث القانون لمجرد الامل ، ويترتب على سريان التشريع الجديد ان واضع اليد

يجب عليه ان يكمل مدة الاثنى عشرة سنة الى عشرين لا الى خمس عشرة .

تغيير الحد الاقصى للفائدة

(٣) يقضي القانون بأن الحد الاقصى للفوائد هو ٩./· فاذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بالفعل عملاءها، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الاقصى الى ٧ ./· ، فان هذا التشريع لا يسري على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩./· فقد اصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسري على عقود القرض التي تلحق التشريع ، وليس للشركة ان تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسري عليها هذا التشريع ، فأن تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقا في الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل في الاقراض بهذا السعر ، ومجرد الامل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧./·

١٠٢ – استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضي

على ان التشريع يسري على الماضي ، ويمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الامال فحسب ، في الاحوال الآتية :

نص خاص

(١) اذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة . وقد

رأينا المادة ٢٧ من الدستور المصري ، والمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية تقرران هذا الاستثناء ، فتنصان على عدم سريان القانون على الماضي « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧ من الدستور) ، و « ما لم يكن منبها عن ذلك بنص صريح » (م ٣ من لائحة الترتيب) .

تشريع من النظام العام

(٢) وقد يسري التشريع على الماضي ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضي بذلك اذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتقضي المصلحة العامة التي اريد تحقيقها من وراء هـذا التشريع بسريانه على الماضي ، ولو مس حقا مكتسبا . من امثلة ذلك القانون الذي يحرم الرق ، فانه يعتبر من النظام العام ويسري على الماضي ، ويترتب على ذلك ان كل رقيق يعتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن امثلة ذلك ايضا القانون الذي صدر في مصر في سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد الى احدى وعشرين سنة بعد ان كانت ثماني عشرة . فالاشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثمانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون الى القصر اذا كانوا لم يبلغوا الواحد والعشرين ؛ فيكون للقانون اثر رجعي في هذه الحالة . ولكن لا يكون له أثر رجعي بالنسبة للغير ، فالتصرفات التي صدرت من

هؤلاء الاشخاص وترتب عليها حق للغير قبل صدور هـذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوي أهلية كاملة .

القانون الجنائي الاصلح للمتهم

(٣) يكون للقوانين الجنائية عادة أثر رجعي اذا كانت اصلح للمتهم ،

فاذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليـه ، ثم صدر قبل الحـكم على هـذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا العمل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته ، فأن التشريع الجـديد هو الذي يطبق . أما اذا كان التشريع الجديد اسـوأ من التشريع القديم ، فانه لا يسري على الماضي ، كما لو كان التشريع الجديد في الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخففها ، فان التشريع القـديم هو الذي يطبق .

اما قوانين الاجراءات (المرافعات المدنية والجنائية) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضي . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجراءات الخاصة بسماع الشهود او بتحقيق الخطوط او بالخبراء ، فانه يسري على القضايا التي تكون قد رفعت قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسري على الماضي . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحكمة المختصة ، وبعد رفعها يصدر تشريع جديد

يجعل المحكمة غير مختصة ، فمثل هذا التشريع لا يسري على القضية التي رفعت فعلا ، وتبقى المحكمة التي رفعت اليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك ايضا ان يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فمثل هذا التشريع لا يسري على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف في الميعاد الذي يقرره التشريع القديم .

المبحث الرابع

تفسير التشريع

١٠٣ — مسألة التفسير لا تقوم الا في التشريع دون غيره من المصادر

التشريع مصدر يأتي بالمعنى واللفظ معا

تفسير التشريع هو توضيح ما ابهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتناقضة . وكل هذا مفروض فيه ان مصدر القانون الذي يكون محلا للتفسير مصدر يأتي بالمعنى وباللفظ معا . وذلك لا يكون الا التشريع كما رأينا . ويكون كذلك في بعض الكتب الدينية التي تعتبر مصدراً للاحكام القانونية كالقرآن والتوراة .

من يقوم بالتفسير

ويقوم بالتفسير عادة القضاء والفقه : القضاء عند ما يطبق نصوص التشريع على الاقضية التي تعرض له . والفقه عند ما

يخرج الاحكام القانونية من النصوص التشريعية في كتب الشرح والتفسير وفي الفتاوي التي تصدر منه . وهناك تفسير تشريعي تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله اثر رجعي . او تقوم به هيئة رسمية اخرى . وفي العراق توجد المحكمة العليا لتفسير الدستور وديوان التفسير الخاص لتفسير القوانين الادارية .

١٠٤ — حالة وضوح النص :

وجوب الاخذ بالنص الواضح

لا يكون هناك محل لتفسير التفسير النص الواضح . فانه إذا كان اللفظ الذي استعمله المشرع لا سبيل للاختلاف في معناه ، وجب الاخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى ان الحكم القانوني يكون غير عادل ، او ان هناك حكماً قانونياً أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء ، بل عليه ان يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

تصحيح الاخطاء المادية

غير ان هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى ان يقع في الالفاظ والنصوص التشريعية من اخطاء مادية. مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري ، فقد نصت على ما يأتي : « يجوز ان يكون التعهد معلقاً على امر مستقبل او غير محقق ، يترتب على وقوعه او عدم وقوعه وجود ذلك التعهد او تأييده او منع وجوده او زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ،

ويعرفه بانه امر مستقبل او غير محقق ، مع ان الشرط هو امر مستقبل وغير محقق، يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد باحدهما ، ولفظ « أو » الوارد في النص خطأ مادي صحته « و » فيتعين على المفسر اجراء هذا التصحيح .

١٠٥ — حالة عدم وضوح النص (العيوب التي تؤدي الى ذلك):

أما اذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع الى عيب فيه . ومن اكثر هذه العيوب شيوعاً الغموض والتناقض والنقص .

الغموض

فالغموض يكون امابتحمل اللفظ اكثر من معنى واحد ، فعلى المفسر ان يختار المعنى الذي قصد اليه المشرّع ، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري وتنص على ما يأتي : « منع المستأجر من التأجير يقتضي منعه من الاسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الاسقاط يقتضى منعه من التأجير . اما اذا كان موجوداً بالمكان المؤجر جدك جعله معداً للتجارة أو للصناعة ، ودعت ضرورة الاحوال الى بيع الجدك المذكور ، جاز المحكمة مع وجود المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشتري الجدك ، بعد النظر في التأمينات التي يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقي . » واللفظ الغامض في هذا النص هو « الجدك » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه الرفوف المركبة ، ولكن هذا

المعنى لا يستقيم في النص ، والواجب ان يؤول اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعني ، فاذا فسر « الجدك » بمعنى المتجر أو المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

التناقض

والتناقض يكون اذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل ذلك ما تقضي به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية من ان هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة ، ثم ما تقضي به المواد ١٥٥ — ١٥٧ من القانون المدني المصري من احكام في النفقة يصطدم كثير منها مع احكام الشريعة الاسلامية ، إذ انه يجب طبقاً لهذه المواد ان يتفق الفروع وأزواجهم على الاصول وازواجهم ، وان ينفق الاصول على فروعهم وازواج الفروع ، وان ينفق الزوجان أحدهما على الآخر فنصوص القانون المدني متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم المصرية ، والواجب هنا تغليب النص الاخير واعتبار المحاكم المصرية غير مختصة بمسائل النفقات والمختص هي المحاكم الشرعية ، وهي تطبق الشريعة الاسلامية .

النقص

والنقص يكون اذا كان النص الذي يورد الحكم مقتضباً لا يتضمن كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدني

المصري ، فهي تنص على انه « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح ، فاذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية الا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضي بان من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير بشرط ان يكون لديه سبب صحيح ، اي عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطاً آخر لا تقل اهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، فالتملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر ان يكمل مثل هذا النص الناقص .

١٠٦ — طرق التفسير عند عدم وضوح النص (طرق داخلية واخرى خارجية) :

فاذا كان النص غير واضح لعيب فيه ، كغموض او تناقض أو او نقص ، وجب على المفسر ان يتبين ارادة المشرع الحقيقية من وراء هذا النص المعيب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها الى قسمين :

(١) طرق داخلية ينطوي عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هادياً من عنصر خارجي عن التشريع ومن أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس (a nalogie)، والاستنتاج من باب أولي (a fortiori)، والاستنتاج من مفهوم المخالفة (a contrario) — طرق داخلية

(٢) طرق خارجية، وفيها يستند المفسر الى عنصر خارجي من التشريع نفسه. من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع، الاسترشاد بالاعمال التحضيرية، والرجوع الى المصدر التاريخي للتشريع. — طرق خارجية

١٠٧ — طرق التفسير الداخلية :

ذكرنا ان من اهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس، الاستنتاج من باب اولي والاستنتاج من مفهوم المخالفة.

فالاستنتاج بطريق القياس هو ان يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه. مثل ذلك حكم اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على ان تباع العين بالطرق الودية اذا حلّ الاجل ولم يوف المدين الدين. لا يوجد في القانون المدني المصري نص على هذه المسألة. ولكن يوجد نص على مسألة اخرى يمكن القياس عليها. — الاستنتاج بطريقة القياس

فقد نصت المادة ٥٤٣ على انه « لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له ، انما للدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » فالحكم الذي تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على ان يتملك الاخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وانه يجب على المرتهن ان يطرح العين في المزاد الجبري ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين في المزاد الجبري عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترتب على هذا الاستنتاج ان الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بيعاً ودياً يخرق القاعدة المتقدمة . فيكون هذا الاتفاق باطلا . ومن ذلك نرى انه امكن ان نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودي قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك المرتهن للعين المرهونة. وهذا الحكم الاخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكماً آخر بطريق القياس .

الاستنتاج من باب اولى

والاستنتاج من باب اولي هو ان يكون هناك حالة منصوص على حكمها . وتكون علة الحكم اكثر توفراً في حالة اخرى غير منصوص على الحكم فيها . فينسحب الحكم في الحالة المنصوص

عليها الى الحالة غير المنصوص عليها . من باب اولي . مثل ذلك ان القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما اذا ماجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها ، ويجعل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة لا جناية . فلو ان زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضرباً افضى الى الموت او خلف عاهة مستديمة ، فان هاتين الجريمتين يعتبران جنحتين لا جنايتين من باب اولى ، ما دام القتل ، وهو اشد منهما ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك ايضا ان قانون الاجراءات الجنائية يعطي الحق للزوج ان يعفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا ، فمن باب اولى يستطيع الزوج ، قبل ان يحكم على زوجته ، ان يطلب ايقاف السير في اجراءات دعوى الزنا . فان من يملك الاكثر يملك الاقل .

الاستنتاج من مفهوم المخالفة

والاستنتاج من مفهوم المخالفة هو ان تعطى حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين ، او لان الحالة المنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه انها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الاخرى . مثل ذلك ان القانون المصري لم ينص

على حكم بيع الشيء المستقبل ، أهو صحيح كما تقضي بذلك الشريعة الاسلامية . ولكنه نص على حكم بيع التركات المستقبلة: فقضت المادة ٢٦٣ — ٣٣٢ من القانون المدني بأن بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ، والتركة المستقبلة جزئية من جزئيات الشيء المستقبل ، فلفرادها بحكم البطلان يفهم منه ان سائر الجزئيات الاخرى لا تشترك معها في هذا الحكم ، ويكون بيع الشيء المستقبل — عدا التركات المستقبلة — صحيحاً بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١٠٨ — طرق التفسير الخارجية .

قررنا ان المفسر قد يستند الى عناصر خارجة عن التشريع حتى يتعرف نية المشرع . من ذلك ان يتبين حكمة التشريع ، وان يسترشد بالاعمال التحضيرية ، وان يرجع الى المصدر التاريخي للتشريع الذي يفسره .

حكمة التشريع

فتبين حكمة التشريع معناه ان يتعرف المفسر العلة التي اقتضت الحكم ، فيفسر في ضوء هذه الحكمة الفاظا وردت في التشريع قد تكون مبهمة . مثل ذلك ان القانون الجنائي يجعل « الليل » في جريمة السرقة وفي جريمة اتلاف المزروعات ظرفا مشددا ، فما معنى « الليل » ؟ هنا يجب توخي حكمة التشريع ، والواضح انه

المشرع جعل الليل ظرفا مشددا لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين في الظلام ، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعا للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم في جنح الظلام ، فيجب اذن تفسير « الليل » لا على انه يبدأ من غروب الشمس وينتهي عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلكي ، بل بمعنى الظلام ، وهذا هو الذي يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، اذا لم يكن الظلام قد خيم ، ولا سيما في فصل الصيف .

الاعمال التحضيرية

والاعمال التحضيرية هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس واعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها . وقد تكون للاعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تعرف نية المشرع وتفسير الالفاظ المبهمة التي وردت في التشريع وازالة التناقض الظاهري وتكميل الناقص . فيلجأ اليها المفسر ليسترشد بها في التفسير . على انه مهما يكن من قيمة الاعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءا من التشريع ، بل هي شيء خارج عنه ، يجوز فيه الخطأ ، فاذا رأى المفسر رأيا خاطئا مسجلا في الاعمال التحضيرية ، فانه لا يتقيد به عند التفسير ، بل يتركه الى الرأي الصحيح الواجب الاخذ به

طبقا للتشريع الذي امامه . مثل ذلك ما وقعت فيه المذكرة الايضاحية للائحة المجالس الحسبية المصرية التي صدرت في سنة ١٩٢٥ من الخطأ في تعليقها على رفع سن الرشد من ثماني عشرة سنة الى احدى وعشرين اذ قالت : « ومما لا حاجة لذكره ان الحكم المشار اليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء الاشخاص يعتبرون انهم راشدون قانونا ، ولا يسوغ ارجاعهم تحت الوصاية » وقد قدمنا ان هذا الرأي خاطئ اذ ان القانون الذي يرفع سن الرشد يكون له اثر رجعي فينسحب على الماضي ، لانه يعتبر من النظام العام ، ويترتب على ذلك ان الاشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة سنة، ولم يبلغوا سن الواحدة والعشرين يرجعون قصرا تحت الوصاية، الى ان يبلغوا سن الرشد الجديد ، خلافا لما ورد في المذكرة الايضاحية . والمفسر في هذه الحالة يتعين عليه الا يأخذ بالرأي الخاطئ الوارد في المذكرة الايضاحية ، بل يأخذ بالرأي الصحيح الذي قدمناه . فيجعل التشريع ينسحب على الماضي ، الا تعاملا صدر من الشخص على انه قد بلغ سن الرشد قبل صدور التشريع الجديد

وترتب عليه حق للغير فان التشريع الجديد لا يمس هـذا الحق المكتسب .

المصدر التاريخي للتشريع

كذلك يرجع المفسر الى المصدر التاريخي التشريع ، وكثيراً ما يرجع القضاء المصري الى هذا المصدر عند تطبيق النصوص . مثل ذلك ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية من ان حق الشفعة لا يورث ، فاذا مات الشفيع قبل الاخذ بالشفعة ، فلا يجوز لوارثه ان يطالب بها ، وقد رجع القضاء في ذلك الى المصدر التاريخي للتشريع المصري في الشفعة ، وهذا المصدر هو الشريعة الاسلامية واختير الرأي الراجح في المذهب الحنفي . وقد يصل القضاء في الرجوع الى المصدر التاريخي الى حد ان يعدل النص الذي يفسره . من ذلك ان المادة ٥٥٥ من القانون المدني المصري المختلط قضت بان « قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . وهذا النص صريح في ان القسمة ناقلة للحق لا كاشفة له ، ومع ذلك فان المحاكم المختلطة تقضي باطراد ان القسمة كاشفة للحق لا ناقلة له ، وترجع في ذلك الى المصدر التاريخي للتشريع المختلط في هذه المسألة ، وهو القانون الفرنسي .

المبحث الخامس

الغاء التشريع

١٠٩ – السلطة التي تملك الالغاء

التشريع يلغى التشريع

هي السلطة التي تملك سن التشريع . وقد رأينا التشريع متدرجا ، في القمة التشريع الدستوري ثم التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع الدستوري فلايجوز تعديلهولا الغاؤه الابالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . على انه اذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقاً لنظرية هبز ، فان السلطان الذي اصدره يملك تعديله ويملك الغاءه .

أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو إلغاؤه يكون في يد نفس هذه الهيئة . وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية أنه لايبطل نص من القوانين أو الأوامر إلا بنص قانون أوأمر جديد يتقرر به بطلان الأول .

ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعي يلغيه أو يعدله تشريع فرعي كذلك .

فالقاعدة إذن أن القانون الدستوري لا يلغيه إلا قانون دستوري، والتشريع الرئيسي يلغيه تشريع رئيسي أو قانون دستوري، والتشريع الفرعي يلغيه تشريع فرعي أو تشريع رئيسي أو قانون دستوري، ولكن التشريع الفرعي لا يلغي تشريعاً رئيسياً أو قانوناً دستورياً، وكذلك التشريع الرئيسي لا يلغي قانوناً دستورياً. وبعبارة أخرى يلغي التشريع تشريعاً في قوته أو تشريعاً أدنى مرتبة ولكنه لا يلغي تشريعاً أقوى.

والتشريع يلغي العادة والعادة تلغي العادة ولكن لا تلغي التشريع

أما العادة وعدم الاستعمال فلا يلغيان تشريعاً، على خلاف في الرأي فيما يتعلق بالتشريع التجاري ولوائح البوليس. ولكن العادة تلغيها عادة أخرى، ويلغيها التشريع. فالتشريع يلغي العادة والعادة لا تلغي التشريع.

تغير الظروف يلغي التشريع

وقد يلغي التشريع تغير الظروف التي كانت قائمة وقت سنه. مثل ذلك الغاروقة، في مصر وهي نوع من الرهن الحيازي لا يجوز إلا في الأراضي الخراجية. وقد ألغي الآن نظام الأراضي الخراجية، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضي في مصر. وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالغاروقة.

مخالفة قاعدة قانونية ليست من النظام العام

وليس من قبيل الالغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف قاعدة قانونية لا تعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما

القاعدة القانونية ؛ بل هي باقية تطبق على غيرهما وتطبق عليهما في تعاقد آخر .

١١٠ — كيف يكون الالغاء :

الالغاء الصريح

والالغاء ضربان ، صريح وضمنى . فالالغاء الصريح يكون بسن تشريع يلغى صراحة تشريعاً سابقاً . وقد يكون التشريع ذاته يتضمن نصاً على أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها، كما في التشريع الذي صدر في مصر بشأن تخفيض أجر المساكن والأراضي الزراعية في سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠. وقد يصدر التشريع لايتضمن إلا إلغاء صريحاً لتشريع سابق ، دون أن يحل محله تشريعاً آخر ، مثل ذلك التشريع الذي ألغى الاكراه المدني في فرنسا والتشريع الذي ألغى دستور سنة ١٩٣٠ في مصر . وقد يصدر متضمناً إلغاء صريحاً لتشريع سابق وشاملاً في الوقت ذاته لتشريع جديد يحل محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد ، في مصر فانه قد ألغى صراحة بعض نصوص القانون المدني المصري وأحل محلها تشريعاً جديداً وكذلك الأمر الملكي الذي ألغى دستور سنة ١٩٢٣ في مصر وأحل محله دستور سنة ١٩٣٠ .

الالغاء الضمنى

أما الالغاء الضمنى فيكون بسن تشريع جديد لا ينص صراحة

على إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه . والقاعدة أنه إذا تضارب تشريعان فالجديد منهما ينسخ القديم . ونظرية الناسخ والمنسوخ معروفة في القرآن الكريم وهي نظرية معقولة . فما دام المشرع سن حكما يناقض حكما سابقاً ، فقد أراد أن يلغي ضمنا الحكم القديم

الفصل الخامس

الفقه والقضاء

١١١ – التعريف :

الفقه هو استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلميه — الفقه

والقضاء هو تطبيق الاحكام القانونية على الأقضية التي ترفع للمحاكم . — القضاء

١١٢ – أهمية الفقه والقضاء في القانون :

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي . فاذا تجرد القانون عن مظهريه العلمي والعملي ، فلا يتبقى منه شيء كبير . — الفقه هو المظهر العلمي

والقانون يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون — القضاء هو التطبيق العملي

ويسجلون . والقانون علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء .

والقانون مادة حيه غذاؤها التطبيق العملي . فاذا اقتصر الامر فيه على أن يسجل في التقنينات والتشريعات وعلى ان يدون في كتب الفقهاء لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له : صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الاساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذي يطبق القانون ، وهو الذي يبعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه.

١١٣ — مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

مزية الفقه وعيبه

فمزية الفقه هي نظره إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدماً إلى الامام ، يتمشى مع التطور ، ويسابق الزمن . فالفقيه أوسع أفقاً من القاضي ، وأسرع تأثراً بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه انه كثيراً ماينحرف عن الحياة العملية وهو في سموه إلى العموميات يبتعد عما في الحياة من ملابسات وظروف خاصة في كل قضية من اقضيتها .

مزية القضاء وعيبه

ومزية القضاء انه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده

منها ، ويطبق أقضيته عليها ؛ فلا يكاد يميل عنها حتى يعود اليها ؛ ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ؛ ولا تمتد إلى ماوراء ذلك ؛ وشيء من البطء في التطور يتفق مع نزعة محافظة في القضاء .

١١٤ — وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

كل منهما يكمل الآخر

ونرى من ذلك أن للفقه مزايا ليست للقضاء، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ؛ وأن عيب كل منهما هو فقده لمزايا الآخر ؛ فهما يكملان بعضهما بعضاً . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء. فالفقيه يرسم خط السير للقاضي ؛ والقاضي يعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي ؛ فينحى بفقهه منحى يتفق مع الحياة العملية ؛ ويسير بعد ذلك طليعة للقاضي ؟ يكشف الطريق أمامه . وخير النظم القانونية هو النظام الذي ينطوي على مزاج موفق من الفقه والقضاء.

الفقيه طليعة القاضي

١١٥ — الفقه والقضاء هما مصدران تفسيريان للقانون:

تطور الفقه القضاء من مصدرين رسميين الى مصدرين تفسيريين

وقد أصبح الفقه والقضاء في العصور الحديثة . مصدرين تفسيريين للقانون عند أكثر الامم . ولكنهما يكونان عادة مصدرين رسميين في المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه والقاضي؛ حتى اذا

كمل نضوج القانون ، واستقر نموه ، أتى التشريع فشغل المكان الاول بين المصادر الرسمية ، وانقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ، وتصبح مهمة الفقيه والقاضي تفسير القانون لاصنعه ، ولكنهما في الواقع من الامر إذ يفسران القانون كثيراً ما يكون تفسيرهما صنعاً .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان في القوانين القديمة ، وهما مصدران تفسيريان في معظم القوانين الحديثة . وها نحن نبحث الحالتين .

المبحث الأول

الفقه والقضاء في القوانين القديمة

١١٤ — وجوب التعاون بين الفقه والقضاء

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الاساسية وهي القانون الروماني والشريعة الاسلامية والقانون الانجليزى .

مصير الفقه والقضاء في النظم القانونية القديمة

وسنرى أن الفقه والقضاء تعاونا في تقدم الشريعة الاسلامية، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسي للشريعة الانجليزية .

١١٧ القانون الروماني :

بدأ القانون الروماني في أول مراحله عادات مصبوغة بالصبغة الدينية . وقد جمع التجميع الاول في الالواح الاثنى عشر . وقد

كان هذا التجمع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهيه كانتا ، الى جانب التشريع ، هما العاملان الاساسيان في تطور القانون الروماني وفي تقدمه.

القضاء

أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ « البريطور » الروماني يتولى شئون القضاء وكان هناك « بريطور » للرومانيين وآخر للاجانب ، الاول يطبق القانون المدني الروماني ، والثاني يطبق « قانون الانسانية أو الشعوب » . ولكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذاك ، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون صنعاً ، وسبيلهم إلى ذلك « المنشورات القضائية . » فقد كان « البريطور » الروماني يلي شئون القضاء سنة واحدة . وعند ولايته القضاء يعلن للناس « منشوراً » يضمنه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية : وكثير من هذه القواعد كان من شأنها ادخال تعديلات جوهرية على القانون الروماني العتيق بما يتفق مع مقتضيات العدالة وتطور الحضارة. وكان «البريطور» يسلك إلى ذلك طريقاً خاصاً بالقانون الروماني ، فقد كان في يده ، بمقتضى ولايته للقضاء : سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشاء ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الروماني يماشي الحضارة

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

الرومانية في تقدمها ، وان يكسر قيود القانون العتيق ، فكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة في انكارها ولو أعطاها القانون القديم وكان يعطى الدعوى حيث تكون المصلحة في اعطائها ولو لم يعطها القانون القديم . مثل ذلك: كان القانون القديم لايجعل الغش مبطلا للعقود ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جعله سبباً للبطلان ، أعطى دفعاً للمدعى عليه اذا كان ضحية الغش ، يدفع به دعوى المدعى ، ويجعل القاضي لا يحكم للمدعى الا اذا لم يكن هناك غش، وهكذا خلق « البريطور » دعاوي ودفوعاً مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع بالقانون الروماني في طريق التطور . وتوالت « المنشورات القضائية » واحداً بعد الآخر ، وكل « بريطور » يستبقي من منشور سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف اليه جديداً ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذي يتكرر على مر الاعوام ومعه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسمي كل ذلك « بالمنشور المستمر » . وهذا المنشور المستمر بقي الى عهد الامبراطورية ، ثم جمع تجميعاً رسمياً وحرم الامبراطور هادريان اضافة شيء اليه ، على أن هذا القانون البريطوري بقي منفصلا عن القانون المدني ، وبقي هذا الانفصال حتى عهد جوستنيان ، حيث امتزجا وأصبحا

المنشور المستمر

امتزاج القانون البريطوري بالقانون المدني

قانوناً واحداً هو القانون الروماني المعروف لنا اليوم . فالقانون الروماني كان أذن من صنع القضاء الى حد كبير .

الفقه

الدور الاول : الكهنة

وكان القانون الروماني من صنع الفقه أيضاً . وقد مر الفقه في القانون الروماني على أدوار ثلاثة ، كان في الدور الاول في يد رجال الدين يكتمون أسراره عن الدهماء ويحتكرونه احتكاراً. ثم أفشى السر وأعلنت الاجراءات القانونية للناس في دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشتغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرون فتاواه عند استفتائه من عملائه ، ثم يناقشونه في هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطره » بل كانوا أقرب الى المحلفين في العصر الحديث ، يبتون في الوقائع ويستفتون في القانون اذ لم يكونوا من رجاله) يلجأون الى رجال القانون يستفتونهم في المسائل القانونية التي تعرض لهم في الاقضية التي ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجراً على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمي الى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون أن يرشحوا للمناصب الكبيرة في الدولة.

الدور الثاني : الطرق العملية

الدور الثالث : الطرق العلمية

وفي الدور الثالث دخل الفقه الروماني في طريقه العلمي ، فدونت

المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علمياً أكثر منه عملياً ، واعترف لنفقه بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني ، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق اعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم وبدأ الفقه العلمى بمدرستين، زعيم الاولى هو الفقيه لابيو ولكنها سميت باسم تلميذه بروكيليان ، وزعيم الثانية هو كابيتو ولكنها سميت باسم تلميذه سابينيان . ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين إنما كان في التفصيلات . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادئ الجمهورية إذ كان زعيمها لابيو جمهورياً مخلصاً حتى بعد استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة السابينية فقد كانت أكثر تمشيا مع المبادئ الامبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الروماني وانتشر ، وكان له أثر كبير في تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ،واختتم هذا العهد من الفقه العلمى بخمسة فقهاء هم ابعد فقهاء الرومان ذكراً واعظمهم اثراً : جاييس وبابينيان والبيان وبول ومودستين ولما استأثرت الامبراطورة بالأمر منعوا الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلجأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ،وفي مقدمتهم بابيبان وقد

الفتاوى القانونية الملزمة

المدرستان البروكيلية والسابينية

فقهاء الرومان الخمسة

انقطاع الفتوى واقفال باب الاجتهاد

علق تلميذاه البيان وبول على مؤلفاته وخالفاه في كثير من آرائه فأمر الامبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء پابينيان دون تلميذيه . وفي اوائل القرن الخامس الميلادي اعتمدت الامبراطرة آراء خمسة الفقهاء المتقدم ذكرهم وآراء الفقهاء الذين نقل منهم هؤلاء الخمسة ، فاذا. تضاربت الآراء اعتمدراى الأغلبية ، فاذا تساوت رجح الجانب الذي انحاز له پابينيان إذ كان يعتبر اكبر فقيه روماني . ولما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية المشهورة اخذها من اقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة وممن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذي كان للفقه في صنع القانون الروماني وفي تطوره .

ملحوظتان : القضاء تقدم على الفقه والفقهاء من رجال العمل

على ان لنا ملحوظتين على الفقه الروماني : (١) تقدم القضاء الفقه في القانون الروماني وكان له اكبر الأثر في تكوين القانون ، فقد راينا « المنشور القضائي » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمي وقبل ظهور الفقهاء المشهورين، فالقانون الروماني بدأ قضاء وانتهى فقها (٢) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل، كانوا رجال سياسة ووزراء وبراطرة فقد كان پابينيان ومن بعده البيان وبول من كبار وزراء الدولة ، ولا يكاد يشذ عن هذه القاعدة الا جاييس فالظاهر أنه كان استاذاً يدرس القانون في

روما ولم يتول منصباً عملياً . فالفقه الروماني كان اذن مشبعا بالروح العملية ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان للفقه من اثر في القضاء .

١١٨ — الشريعة الاسلامية :

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الاسلامية من حيث اثر الفقه والقضاء في تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذي تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

العهد الاول : الكتاب والسنة

(العهد الاول) وهو عهد النبي عليه السلام ، وكان للشريعة الاسلامية في تلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحي ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الاسلامية في ذلك العهد. اما الفقه فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ، والمسلمون يتلقون عنه امور دينهم ودنياهم . على ان النبي عليه السلام أقر الرأي كمصدر للشريعة الاسلامية حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث معاذ بن جبل الى اليمن ، ولما سأله بماذا يقضي فأجاب معاذ بالكتاب والسنة ثم يجتهد رأيه ، اقره النبي على ذلك .

الرأي

قضاء النبي :
التردد في التسليم ؟
عدم العصمة فيه

والقضاء لم يكن كذلك مصدراً للشريعة الاسلامية في ذلك العهد وقد كان النبي اول قاض في الاسلام ، وكان قضاؤه ملزما لاعلى انه قضاء بل على انه سنة . فهو اذا قضى في حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع بما يلهمه الله من وحي وما ينزل عليه من كتاب فيبين القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضي يطبق القاعدة القانونية التي قررها على ما يعرض امامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة المشرع لم تنكرها عليه الناس منذ آمنت برسالته ، اما صفة القاضي فوجد ترددوا في التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة في اثباتها له ، قال تعالى . « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير واحسن تأويلا . الم تر ان الذين يزعمون انهم آمنوا بما انزل اليك وما انزل من قبلك ، يريدون ان يتحاكموا الى الطغوت وقد امروا ان يكفروا به ، ويريد الشيطان ان يضلهم ضلالا بعيداً..... فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليما » وقال عز وجل :« فاحكم بينهم بما انزل الله » . ثم ان النبي عليه السلام كان معصوما بصفته مشرعا ، ولم يكن معصوما بصفته قاضياً ، وقد قال تأكيداً

لهذا المعنى : « انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض ، فاقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما أقضي له قطعة من نار. »(١)

فقضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونية التي يقررها وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضي فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك اذ يجوز عليه الخطأ

العهد الثاني : امتزاج القضاء والفقه

(العهد الثاني) ويبدا بعهد الخلفاء الراشدين وينتهى بظهور ائمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب . وفي هذا العهد كان لكل من الفقه والقضاء اثر في تكوين الشريعة الاسلامية وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشي الآخر . ولكن الفقه اخذ يتغلب شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة في العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد الثاني ان وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه المفتي وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد إذ كان القاضي فقيها والفقيه قاضياً . الا ان حركة الفقه كمصدر للشريعة الاسلامية

---

(١) وفي رواية أخرى للحديث : «أنكم تختصمون الى رسول الله وانما انا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وانما أقضي بينكم على ماأسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فانما اقطع له قطعة من النار يأتي بها اصطاما في عنقه يوم القيامة . »

اخذت في القوة وحركة القضاء اخذت في الضعف الى ان تغلب الفقه على القضاء بعد ان استكمل نضوجه ، وصار هو وحده الى جانب الدين مصدراً للشريعة الاسلامية ، ولكن ذلك لم يتم إلا في العهد الثالث كما قدمنا . اما في العهد الثاني فقد كان للقضاء شأن في تكوين الشريعة الاسلامية يعدل شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر في الفقه تأثير الفقه في القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء . ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

القضاء

اما القضاء فكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين وتابعي التابعين وغيرهم بعد ان فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين واقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره عليه، ولى أبا الدرداء المدينة ، وولى شريحاً البصرة ، وولى ابا موسى الاشعرى الكوفة ووضع له دستور القضاء في كتابه المعروف .

استعانته بالفقه

والقضاة في ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون كذلك ما استنبطه الفقهاء من الاحكام القانونية «وكان في كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الاحكام يستعين بهم القاضي إذا اشكل عليه امر » ، [1] وفي المبسوط للسرخسي « ان عمر كان

(١) تاريخ القضاء في الاسلام للقاضي محمود بن عرنوس ص ١٩

يستشير الصحابة مع فقهه ، حتى إذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لى عليا ، وادعوا زيداً . . . فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . » وترى من هذا كيف ان القضاء كان يتأثر بالفقه . على ان القضاء كان يؤثر في الفقه بدوره ، فقد قدمنا ان القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون رأيهم ، سبقهم إلى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمر مواقف معروفة في استعمال الرأى ، بل يصح ان يقال انه هو المؤسس لمدرسة الرأى ، وقد وضع من القواعد القانونية في الشؤون الاداريه والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والاحوال الشخصية مايتلاءم مع امبراطورية ناشئة ، وامة تركت الصحراء وانتشرت في الأرض ، فخالطت المدنيات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضي يأخذ بقضاء سلفه فعمر يأخذ بقضاء أبى بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه. والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم ، فالعراقيون يجمعون «قضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون »[1] » وابن مسعود فقيه جليل يتأثر عمر بن الخطاب في دقة نظره وحريته ، وعلى بن أبي طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستوراً ..

تاثيره في الفقه

---

(١) ضحى الاسلام للاستاذ أحمد امين جزء ٢ ص ١٧١ .

وشريح مارس القضاء نحو ستين سنة في العصر الاموى ، فلابس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأى بدعائم قوية وكان له اكبر الاثر في تلوينه وتمييزه »[1] وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لايهابها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ماقضى رسول الله ﷺ ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا علي قضاء إلا وقد علمته »[2]

الفقه

هذا هو شأن القضاء وتأثيره في تكوين الشريعة الاسلامية، وأثره في الفقه واثر الفقه فيه . اما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثراً واثراً . فقد كان في ذلك العهد ان وضع الفقهاء اسس الفقه الاسلامي. وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، اهل الحديث واهل الرأى. بدأت المدرستان تكونان تزعتين عند الصحابة والتابعين وتابعيهم، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتي الا به وهؤلاء في الغالب من بقى من فقهاء المسلمين في الحجاز (كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب والزهري ونافع) وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفي الامبراطورية الاسلامية الواسعة

أهل الحديث وأهل الرأى

---

(١) ضحى الاسلام للاستاذ أحمد امين جزء ٢ ص ١٨١ .

(٢) ضحى الاسلام للاستاذ أحمد امين جزء ١ ص ٢٠٩ .

الاطراف وجد مدنيات تختلف عما الفه ، وواجه اموراً غير التي عرفها ، وكل هذا يقتضي تجديداً وتطوراً ، فمال الى الاجتهاد والرأى (كعبد الله بن مسعود وعلقمة ومسروق وشريح والاسود النخعي وابراهيم النخعي وحماد) . على أن هذا ليس معناه ان أهل الحديث كلهم كانوا في الحجاز ، فان منهم من كان في العراق كالشعبي، وليس معناه ان أهل الرأى لم يكن احد منهم في الحجاز، فقد كان في الحجازيين من هو من أهل الرأى كربيعة الرأى ، بل ان عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئاً في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبي عليه السلام لما تغيرت ظروفها (كما فعل في حرمان المؤلفة قلوبهم وفي ايقاع الطلاق الثلاث) . كما ان هذا ليس معناه ان أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى اصلاً ، فقد كانوا يقولون به ولكن في حدود ضيقة ، ولم ينكره الا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهري ، وليس معناه أن اهل الرأى لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد اخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه الا القليل . الفرق اذن بين المدرستين انما كان في الاتجاهات العامة والنزعة لا في التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الاولى للاسلام ، فلا يخرجون على

الفرق بين المدرستين

آثار السلف الصالح الا بالقدر الذي تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية في الشريعة الرومانية ، وأهل الرأى هم الاحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الاسلام وانتظامه الأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة في امبراطوزية مترامية الاطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة الاسلامية لما اظلته من مدنيات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابانية. ثم قويت النزعتان، وتحددت كل نزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها فقهاؤها . ثم مالبثت المدرستان أن اخذتا في التقارب شيئاً فشيئاً حتى كادتا تمتزجان ، على النحو الذي سنراه. ويعنينا الان ان نرى كيف كان نصيب الفقه في تكوين الشريعة الاسلامية في ذلك العهد كبيراً كنصيب القضاء .

ظهور مصدين جديدين:

كانت مصادر الشريعة الاسلامية في عهد الرسول ﷺ الكتاب والسنة ، فزادهما الفقه في هذا العهد الثاني مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مرونتها على مر الزمن أما الاجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأى من طريق الاستشارة، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا

الأجماع

يستشيرون أهل الفقه ، فاذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على امر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصوراً على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعيهم ثم صار اخيراً اجماع المجتهدين من امة محمد في عصر من العصور ، وفي هذا تطور للاجماع من شأنه ان يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد[1] . اما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أي الرأي والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان في الاخذ به اختلافاً بيناً ، فأهل الرأي يكثرون من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك ، واهل الحديث لايلجأون الى القياس الا في القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضاً لم يقع .

القياس

العهد الثالث
تغلب الفقه على القضاء

(العهد الثالث) ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى وقتنا هذا . وفي أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً وقل شأن

---

(١) وقد وجد الفقهاء سند الاجماع في حديث للنبي عليه الصلاة والسلام (لاتجتمع أمتي على ضلالة) . ونقل جولد زيهر المستشرق المشهور في كتابه (العقيدة والقانون في الاسلام ص ٢٥) عن طبقات الشافعية للسبكي جزء ٢ أن الشافعي رأى سند الاجماع في قوله تعالى في سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ، و يتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم وساءت مصيراً . انظر أيضاً مفاتيح الغيب للفخر الرازي جزء ٣ ص ٣٨ .

أهل الراى واهل الحديث

القضاء . وقد تركز مذهب اهل الرأى في أبي حنيفة(١) بالكوفة، وتركز مذهب اهل الحديث في مالك بالمدينة . واستمر الخلاف بين المذهبين حتى بلغ اشده . ثم عادت المدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبي يوسف والشافعي ، وان شذ بعد ذلك احمد بن حنبل وداود الظاهري .

تدوين المذاهب تسجيل لفقه تم تكوينه

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من المذاهب التي اندثرت (كمذهب الاوزاعى ومذهب سفيان الثورى ومذهب داود الظاهري ومذهب ابن جرير الطبرى وغيرها) .. والواقع من الامر ان هؤلاء الأئمة ختموا عهوداً بدأها غيرهم ، وكان عملهم الانشائي في الفقه اقل من عملهم التنظيمي . فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، واصبح ، لا

وشنوك هرجرونج المستشرق المعروف في مجلة تاريخ الاديان سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للاجماع في القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصدراً للشريعة الاسلامية.

(١) انظر في طريقة أبي حنيفة في استنباط الاحكام الشرعية الى كتاب الاستاذ لامبير في القانون المقارن ص ٣٥٣ وما بعدها ؟ ومن رأى الاستاذ لامبير أن ماينشر به الفقيه الفرنسي (جني) من وجوب استنباط الاحكام القانونية بطريق البحث العلمى الحر هو ماسار عليه أبو حنيفة فعلا في استنباط الاحكام الشرعية.

سيما عند اهل الرأى من اهم المصادر للشريعة الاسلامية ، لايقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليها من حيث الحلول التفصيلية. وكان عمل أئمة المذاهب وتلاميذهم متجها في معظمه الى تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضعه على اسس منطقية[1]

عمل الفقه الانشائي: الاستحسان المصالح المرسلة وعلم أصول الفقه

واذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في التعريفات التفصيلية، وفي محاولة ادخال قواعد العدالة والمصلحة العامة مصدراً جديداً للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم اصول الفقه واول كتاب معروف فيه رسالة للشافعي . ومن المبالغة ان نرى في هذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة في الفقه، فقد كانت متفقة الى حد كبير في الأسس والمبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف فى بعض الفروع التفصيلية . على ان ائمة هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى

اتصال ائمة المذاهب بعضهم بالبعض الآخر

---

(١) ومن هنا كان الاجماع كمصدر للشريعة الاسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة فيها الى سند من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء العثور على هذا السند) فإنه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشريعة الاسلامية، وتعددت الفقهاء والقضاة، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأى فيهما ، والاخذ به باعتباره اجماعاً .

بهديه، فمحمد رحل الى المدينة وأخذ عن مالك ؛ كما اخذ الشافعي عن مالك ومحمد ، واخذ احمد بن حنبل عن الشافعي ، ولو لا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، لاسيما المتأخرين من الفقهاء ، لاندمجت كل هذه المذاهب واصبحت مذهبا واحدا ينتظم أهل السنة جميعا .

سبب ارتفاع شأن الفقيه
تدوين الفقه
الدولة العباسية

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك ان تم تدوين الفقه في هذا العهد ، وان الدولة القائمة هي الدولة العباسية ، وهي الدولة التي أصطبغت بالصبغة الدينية ، وأخذت بيد الفقيه ورفعته أعلى الدرجات . بز الفقيه القاضي (١) ، ومنع من ظهور

---

(١) أما أن الفقيه كان يصارع القاضي فذلك مايدل عليه كثير من الخصومات التى كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة كما وقع لابى حنيفة وابن أبى ليلى . وأما أن الفقيه ظفر بالقاضي فيدل عليه أن القاضي صار يقلد الفقيه ، واذا حاول الاستقلال في قضائه من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الاستاذ عرنوس في كتابه تاريخ القضاء ص ٨٥ مايؤيد ذلك ، قال : «ولما رأى يوسف بن عبد المؤمن صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لايفتون إلا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحداً ، وان تكون أحكام القضاة بما يؤدي اليه اجتهادهم في

تغلبه القاضي والمشرع

المشرع (١) ، وانفرد يحلق في سماء القانون .

ضرر انفراد الفقيه

وقد كان الخير في أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء في تكوين الشريعة الاسلامية ، وهو ما شاهدناه في العهد الثاني فان الفقيه لما استأثر بالامر في العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية (٢) واكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد ما

الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يدم طويلاً ، بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الامير » .

(١) وقد حاول ابن المقفع ان يدفع المنصور الى تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فلم ينجح ، ومما ذكره له في كتابه الذي رفعه اليه ، « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها مايحتج كل قوم من سنة أوقياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه ، ونهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتاباً جامعاً ، رجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً ورجونا ان يكون اجتماع السير قربة لاجماع الامر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . ») تاريخ القضاء (ص ٨٥)

(٢) وكان البعد عن القضاء يعد تنزها ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء في كتاب ضحى الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى ان في تولى الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى ان كثيراً من المحدثين لايروون حديث من تقرب الى السلطان ، وان كثيراً عابوا ابا يوسف من أجل توليه القضاء والحكايات من هذا القبيل كثيرة ،

يغذيه من عناصر الحياة الخارجية (١)، ثم وقفت حركته، وأقفل باب الاجتهاد (٢). فاذا اريد الاصلاح وجب ان يرجع للقضاء شأنه، وان يفتح في الفقه باب الاجتهاد من جديد. وان يقوم التشريع الى جانب الفقه والقضاء، فتتغذى الشريعة الاسلامية من هذه المصادر الثلاثة (٣)

قال محمد بن جرير الطبري: انه قد تحامى حديث ابي يوسف قوم من اهل الحديث، من اجل غلبة الراى عليه وتفريعه الفروع والاحكام، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء. ولعل السببين معا كانا هما الباعثين لابي حنيفة على امتناعه من تولى القضاء في العهد الاموي . . . وفي الدولة العباسية »

(١) انظر راى الاستاذ لامبير في ضرر الاخذ بالراى اذا لم ترشده وتسدده عناصر الحياة الخارجية في كتابه في القانون المقارن ص ٣٦١

(٢) بعد ان رتبت طبقات الفقهاء، فطبقة المجتهدين في الشرع، وطبقة المجتهدين في المذهب، وطبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب، وأصحاب التخريج، وأصحاب الترجيح، وأصحاب التمييز، وطبقة المقلدين. ومذ وصلنا الى طبقة المقلدين أقفل باب الاجتهاد.

(٣) ولما كان الاجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما مر بنا (ويتدخل في الرأى والقياس اذ ليس هذان الافقها وقضاء)، فانه من المستطاع أن يكون الاجماع منظماً للتشريع أيضاً، وقد سبقت الاشارة الى ذلك. فالاجماع اذن يأتى بعد الكتاب والسنة (وهما بمثابة دستور للشريعة الاسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع

مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني

مقارنة بين الشريعة الرومانية نصيب الفقهاء والفقه

(أولا) بدأ القانون قضاء وانتهى فقها كما قدمنا ، اما الشريعة الاسلامية فقد بدأت فقها وقضاء وانتهت فقهـا ، فهي تشترك مع القانون الروماني في النهاية ، وتختلف في البداية . وقد يكون الخلاف في البداية راجعا الى إن الفقـه الاسـلامي وجد منـذ نشوء الشريعة الاسلامية نظاما قانونيا متماسكا ، دعامته الكتاب والسنة ، في حاجة الى تفسير فقهي . اما القانون الروماني ، فقـد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لا بد ان يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانوني الذي يفسره الفقه .

والقضاء كان ابعد أثرا في تكوين القانون الروماني منه في تكوين الشريعة الاسلامية .

أما الفقه فأثره في تـكوين الشريعتين واحـد . ويشبه الفقه الاسلامي الفقه الروماني في انه بدأ مثله بمدرستين ، وتكون في نحو قرنين ، وتدعم بأئمة اعلام ختموا العهد الخصيب في تـكوين الفقه ، هم أئمة المـذاهب في الفقه الاسـلامي ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون في الفقه الروماني ولـكن يلاحظ ان الفقه الاسلامي بقى زاهرا بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الامر كذلك في الفقه الروماني .

نمو القانون الروماني من طريق الاجراءات ونمو الشريعة من طريق الاحكام الموضوعية :

(ثانيا) لم تسلك الشريعة الاسلامية في نموها الطريق الذي سلكه الفقه الروماني ، فان هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونمى وازدهر من طريق الدعوى والاجراءات الشكلية اما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا ووحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقي والاحكام الموضوعية(١) .

قواعد العدالة

وقد خالطت قواعد العدالة القانون الروماني (في القانون البريطوري وقانون الشعوب) ، وقابل ذلك في الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وان كانت أقل امعانا في التوغل واضعف اثرا . وفقهاء المسلمين كفقهاء الرومان

الجزئيات والفروع

شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الاصول والمبادىء العامة الا القليل النادر (كما في الاشباه والنظائر) الا ان فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل

اصول الفقه

(١) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففي الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفي السنة هذا أيضاً ، على أن السنة لم تتحدد الا في القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبي عليه السلام مما أدخل في السنة عنصراً كبيراً من المرونة (انظر لامبير في القانون المقارن ص ٣٢٠) وفي الاجماع تطور إذ ان الاجماع ينسخ الاجماع ، وفي القياس (اي الرأي والفقه والقضاء) تطور ولا ادل على ذلك من مذهبي الشافعي العراقي والمصري .

امتازوا على فقهاء العالم ، باستخلاصهم اصولا ومباديء عامة من نوع آخر هي اصول استنباط الاحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم اصول الفقه .

١١٩ — القانون الانجليزى

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الانجليزي ، ويكاد لا يوجد قانون اثر الفقه في تكوينه ضئيل كهذا القانون . وقد يعلل ذلك بالاعتبارات الآتية :

اسباب تأثير القضاء في القانون الانجليزى (١) عدم وجود اساس لحركة فقهية (٢) وجود العادات . (٣) العقلية الانجليزية (٤) علو مكانة القضاء

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الرومانى الا الى حد محدود ، ولم يكن عندها قانون سماوي يكون اساسا لحركة فقهية كما تم ذلك في الشريعة الاسلامية (٢) لم يكن امام الانجليز اذن غير العادات السكسونية والعادات النورماندية تبدأ بها شريعتهم : وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فان القضاء هو خير اداة لتقريرها ، فتلمس الناس التقرير الرسمي لهذه العادات في قضاء المحاكم (٣) وللعقلية الانجليزية اثر كبير في جعل القضاء مصدرا للقانون ، فهي عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير المنطقى وتسكن الى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه تجد قانونها في القضاء لا في الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب في تكوين القانون الانجليزى

لاسيما في العصور السالفة ، واذا وجد في العصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ففى الماضى لم يكن هنالك فقيه انصرف للفقه الخالص ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التى تغلبت فيها الصبغة العلمية .

فالقضاء هو الذى كون القانون الانجليزى واصبح مصدره الرسمي . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الانجليزى هو الذى فرض نفسه ، واخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ماجعل الناس تألف احترام احكامه ، وتدرج في هذا الطريق حتى اضبحت احكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزي الى ثلاثة عهود :

العهد الاول
توحيد العادات

(العهد الاول) من وقت الفتح النورماندي في النصف الاخير من القرن الحادى عشر الى قيام محاكم (العدالة) في القرن الرابع عشر . وفي هذا العهد انشأ النورمانديون محاكم عامة للبلاد ، بعد ان كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى اخرى ، ثم تتجمع في لندن . وهذه هي المحاكم التى وضعت اساس

تكوين القانون العام

القانون الانجليزي فانها وحدت العادات المتضاربة المختلفة في البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة مبادىء القانون الانجليزي المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام اساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ،وصاغها قانونا قابلاللتطبيق وقد انقسمت الآراء في تحديد نصيب القاضى في صنع « القانون العام » ففريق (على رأسه هيل وبلاكستون) يرى ان القاضى لم يصنع القانون العام ، بل ان هذا القانون هو وليد العادات، والقاضى يكشف عن هذه العادات ويقررها قانونا ، فيذهب فريق آخر (على رأسه اوستن ودايس) الى ان القاضي هو الذي صنع (القانون العام) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا للقواعد القانونية لامصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح في كل من النظريتين، فجعل « للقانون العام » الانجليزى مصدرين،العادات والقضاء ، فتارة كان القاضى يري أمامه عادات موجودة وما عليه الا ان يطبقها ، فهو في هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لاينشئه ويصنعه ، وطورا كان يتفقد القاعدة القانونية فلا يجدها في عادات محددة واضحة ، فيضع القاعدة بعد ان يحرر

العادات ويهذبها وهو في هذه الحالة ينشيء القانون ويصنعه ، لايكشف عنه ويقرره .

العهد الثاني : قانون العدالة

(العهد الثاني) من وقت قيام محاكم «العدالة» في القرن الرابع عشر حتى وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » في اواخر القرن التاسع عشر : والسبب في قيام « محاكم العدالة » هذه ان « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الاوضاع والاشكال ، بطيء التطور فأنشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر في المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم تأخذ بقواعد العدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع واشكال[1] وصارت الاحكام التي تصدرها « محاكم العدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها في القضايا المتماثلة « فمحاكم العدالة » هي التي خلقت إذن « قانون العدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذي ورد في « القانون العام » هل هو من صنع القضاء او هو وليد العادات ، فلا شك في ان

(١) انظر في بعض الامثلة الى كتاب الاستاذ محمد فؤاد مهنا باللغة الفرنسية في « نصيب القاضي في صنع القانون الانجليزي وفي صنع الشريعة الاسلامية » باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ ص ١٠٨ .

« قانون العدالة » هو من صنع القضاء .

العهد الثالث : توحيد قانون العدالة والقانون العام

(العهد الثالث) من وقت توحيد « قانون العدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هـذا : رأينا نشوء «قانون العدالة» وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العـام » له محاكم تطبقه ومؤلفات تشرحه . وبقي ينافس « القانون العام » حقبا طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العـام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » ان توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العـام » واصبحت القاعدة إذن ان «القانون العام» لا ينفذ إلا حيث لا يصطدم مع «قانون العدالة» وفي هـذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولمبادئ العدالة » وقد تم تسجيل هـذا الظفر في اواخر القرن التاسع عشر ، إذ صدر قانون في سنى ١٨٧٣ — ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ، ويخلق منهما نظاماً واحداً ، يطبق « القانون العام » في النواحي التي لم يدخل عليها « قانون العدالة » تعديلا ، وإلا فقانون العدالة هو الذي يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون العدالة »[1] وصار قانونا واحـداً هو في الواقع

---

(١) كما امتزج القانون المدني بالقانون البريطوري في القانون الروماني .

من صنع القضاء .

المبحث الثاني

الفقه والقضاء في القوانين الحديثة

١٢٠ — *نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة*

أما في القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

النزعة السكسونية : القضاء يتغلب

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الانجليزي ، في بريطانيا وامريكا واستراليا وجنوب افريقيا والهند وغيرها من البلاد وهي لا تقيم للفقه وزنا كبيرا ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من اهم المصادر الرسمية للقانون .

النزعة الرومانية : القضاء والفقه يتعاونان

والنزعة الرومانية تتجلى في البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وايطاليا واسبانيا ، وتتجلى كذلك في البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدراً رسمياً للقانون[1] ولكنها تعني به

---

(١) على انه يوجد نص في القانون السويسري يقضي بان القاضي اذا لم يجد نصاً في القانون ينطبق على القضية التي أمامه يحكم فيها كما لو كان هو المشرع وطلب اليه ان يضع القاعدة القانونية التي تنطبق على القضية .

فتجعله مصدراً تفسيريا هاما . اما الفقه فيرتفع عندها الى مكانة تداني مكانة القضاء فهو إذا لم يكن مصدراً رسميا للقانون فان له شأنا كبيراً كمصدر تفسيري . فالفقه والقضاء في هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .

ونختار القانون الانجليزي ممثلا للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسي ممثلاً للنزعة الرومانية .

١٢١ — الفقه والقضاء في القانون الانجليزي الحديث

الفقه : ليس له شأن

اما الفقه فلا شأن له في تكوين القانون الانجليزي كما قدمنا ، وإن كان هنالك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون في انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه ، فان التوسع في تدريس القانون في الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض الى دراسة القانون دراسة فقهية ، ومن اشهر فقهاء الانجليز في هذا العصر الحديث بولوك ودايسي وهولند وأنسون . ولكن الفقيه لا يزال بعيدا عن التأثير في القانون الانجليزي بله تكوينه ، ولا يزال القانون الانجليزي من صنع القاضي ومن صنع المشرع .

القضاء : السوابق القضائية ملزمة

ولا شأن لنا بالمشرع في هذا المقام ، وإنما نقف عند القاضي . فقد قدمنا أن « القانون العام » « وقانون العدالة » امتزجا وصارا قانونا واحداً تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى

رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم اول درجة . وتقضي القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانونا يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم اول درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم اول درجة باعتباره قانونا يجب تطبيقه في القضايا المماثلة . أما قضاء محاكم اول درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف ولمجلس اللوردات فيعتبر قانونا ملزما لا تجوز مخالفته إلا إذا توافر شرطان ، الشرط الاول أن يأتي هذا القضاء مخالفاً للقانون او العدالة ، والشرط الثاني ألاّ يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن الناس الى استقراره وتجري تعاملها على مقتضاه[1] .

---

(١) أما قضاء المحاكم الاخرى ، كالمحاكم الارلندية والمحاكم الامريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الانجليزية وانما تأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع في البلاد اللاتينية والجرمانية . و يلاحظ ان قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم اول درجة لا يكون ملزماً الا في المبادئ القانونية التي يكون تقريرها ضرورياً للفصل في الاقضية التي

ونرى من ذلك الى أي احد وصل احترام القضاء في القـانون الانجليزي وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما ، وقد يصل الامر الى ان مجلس اللوردات وهو أعلى محكمة قضائية ، يتقيـد بقضاء محاكم اول درجة ، ولا يجوز له ان ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين المتقدم ذكرهما

مجموعات السوابق القضائية

ولما كان القضاء الانجليزي على هذا القدر من الاهمية ، فقـد جمعت السوابق القضائية في مجلدات ضخمة ، يرجع اليهـا رجل القانون في انجلترا كما يرجع رجل القانون في فرنسا الى نصوص التقنينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية في القدم الى القرن الثالث عشر :

١٣٢ - الفقه والقضاء في القانون الفرنسي الحديث

للفقه في القانون الفرنسي مكانة اعظم بكثير من مكانة الفقـه في القانون الانجليزي ، أما القضاء فمكانته في القانون الاول تقل عن مكانته في القانون الثاني فهذا الارتفاع من مكانة الفقه ، وهذا النقول في مكانة القضـاء ، يقرب الشقة بينهما ويجعلها متداني

ورد فيها هذا القضاء ، اما المبادئ القانونية التي يقررها القضاء على سبيل التبسط والتوسع فهي غير ملزمة (انظر في القضاء الانجليزي سالمون في علم اصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص١٥٩—١٧٨)

الأثر في القانون الفرنسي . والفقه والقضاء كلاهما مصدر تفسيري في القانون الحديث وليسا بمصدرين رسميين كما كان الامر في القانون الروماني وكما هو في القانون الانجليزي بالنسبة للقضاء .

القضاء : السوابق القضائية

واذا كان القضاء في فرنسا قد اخذت أهميته تزداد شيئا فشيئا وقد اقترب منه الفقه، فتارة يقتفي أثره وطورا يسير في طليعته ، فانه لا يزال من الناحية النظرية معادلا للفقه من حيث انه مصدر تفسيري لا مصدر رسمي ، وان كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه في أن احكامه هي التي تنفذ على المتقاضين على ان السوابق القضائية في فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الامر في انجلترا على ما قدمناه ، وكثيرا ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض في احكامها ، بل كثيرا ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادئ التي قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزما إلا في حالة خاصة ، هي ان تنقض حكما ، وترجع القضية الى المحكمة الاستئنافية ، فتقضي فيها ، فيرفع نقض آخر عن الحكم الثاني لنفس الاسباب الاولى ، فتقضي محكمة النقض في دوائرها المتجمعة في هذا النقض ، فان قضت بنقض الحكم الثاني لنفس الاسباب التي نقضت من اجلها

الحكم الاول ، فان المحكمة التي تحال اليها القضية تلتزم بتطبيق المبدأ القانوني الذي قررته محكمة النقض في هذه القضية دون غيرها ، فان لم تفعل ، ورفع نقض عن الحكم الثالث ، فان محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق المبدأ الذي قررته . ونرى من ذلك الى اي حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزما . على انه حتى في هذا الحد الضيق ، لا يكون حكمها ملزما باعتباره قانونا يطبق على القضايا المماثلة ، بل هو ملزم بمعنى انه واجب التطبيق في قضية معينة بالذات . والفرنسيون حريصون على الا يجعلوا احكام القضاء قوانين ملزمة احتراما لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظيفتها ان تشرع ، بل هي تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي على القضاة ان يحكموا في القضايا المماثلة وقد كان هذا الحق ثابتا للمحاكم الفرنسية القديمة التي كانت تدعى « بالبرلمانات » فنزع هذا الحق من المحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية في وقت واحد[1]

---

(١) على ان القضاء (اذا لم يجد نصاً يطبقه في قضية معينة) قد يستنبط الحكم القانوني من مصادره المختلفة (فهو في هذه الحالة يشرع) ولكن تشريعه مقصور على قضية معينة .

الفقه

وكذلك الفقه في فرنسا ليست مهمته ان يشرع ، ولا يوجد في القانون الفرنسي الحديث ، كما وجد في القانون الروماني ، فقهاء تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما أن الفقهاء المجتهدين لاتعتبر أقوالهم مصدرا رسميا للقانون كما كان شأن الاجتهاد في الشريعة الاسلامية . فمهما عظمت منزلة الفقيه لايكون رأيه ملزماللقضاء ، بل ان القاضي يستأنس برأي الفقيه ، وله بعد ذلك ان يأخذ به اولا يأخذ ، فالفقيه في فرنسا يفسر القانون ولكنه لايصنعه .

تعاون القضاء والفقه

ويرى من ذلك ان الفقه والقضاء في فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادىء العلمية والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لايكون ملزما للقضاء كما ان القضاء لايكون ملزما للفقه ؛ فالسبيل مفتوح أمامهما للتعاون وللرقابة . فالقاضي يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه يتعاون مع القاضي ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما . لايكون ملزما باعتباره قانوناً . وان كان له من الوزن مايسمح بالتأثير في القانون تأثيرا عظيما . وكثيرا مايكون الرأى الذي يجمع عليه الفقه والقضاء مصدرا تاريخيا للقانون وان لم يكن مصدرا رسميا . وهذا التعاون مابين الفقه والقضاء في فرنسا هو

من خير الوسائل لترقية القانون ، وقد قدمنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوبا ، فالتعاون يوفر المزايا ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

انعزال الفقه عن القضاء في القرن التاسع عشر

على ان هذا التعاون ليس قديما . فقد كان الفقه والقضاء ، في الجزء الاكبر من القرن التاسع عشر ، بعيدين احدهما عن الآخر يعيش الفقه وحده بين جدران الجامعات ، بمعزل عن القضاء الذي تطبقه المحاكم . وقد نشأ عن عزلة الفقه هذه ان صار فقها خياليا بعيدا عن الحياة العملية . ونشأت مدرسة فقهية هي مدرسة (الشرح على المتون) لا تعترف الا بالنصوص التشريعية مصدرا للقانون ، تقف عندها ، ولا تنظر ماوراءها . فالنصوص وحدها هي التى تتضمن القانون . ويجب تفسير هذه النصوص بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ولا يبالون بعد ذلك بالمصادر الاخرى للقانون مادامت لم تدخل في نطاق التشريع . ولا يكترثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من اثر في النصوص التشريعية . فعندهم ان العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر ، الى ان اصبح الفقه تعبيرا خياليا عن القانون . واصبحت

بدراسته في الجامعات دراسة نظرية ، لاتمت بصلة الى الحياة العملية . اما التعبير الحى عن القانون فيلتمس في القضاء . وقد أدرك الفقهاء المحدثون هذه الحقائق. فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتون) واقتربوا من القضاء، و نظروا الى القانون وهو يطبق في الحياة العملية . فوجدوه شيئاً آخر غير القانون الذي يشرح في الكتب. وعلموا أن القانون ليس محصورا في النصوص التشريعية ، وان هناك مصادر اخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء ان يستنبطا منها ماتعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء بغزيرته مدركا لهذه الحقيقة . عاملا بمقتضاها . فاقترب الفقه من القضاء واخذا في التعاون على النحو الذي قدمناه [1].

مصادر القانون المصري :

١٢٣ - نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصري

القانون المصري مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ،

---

(١) والمؤلفات الفقهية في القانون الفرنسي كثيرة ، منها المطول والمختصر، وقد اشتهر الفقه الفرنسي بوضوحه و بحسن ترتيبه. ومن أهم المطولات الحديثة في الفقه المدني بودرى و بلانيول ، ومن أهم المختصرات بلانيول و كولان مع كابيتان وبلونديران. ولاحكام القضاء في فرنسا مجموعات كثيرة اشهرها دالوز وسيرى.

القانون الفرنسي والشريعة الاسلامية . المصدر الاول أخذ عنه المشرع المصري قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائية وقوانين الاجراءات . والمصدر الثاني أخذ عنه قانون الاحوال الشخصية .

والقانون الفرنسي مصدر تاريخي للقانون المصري . أما الشريعة الاسلامية فهي مصدر رسمي .

الاحوال الشخصية

اما نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون الاحوال الشخصية فهو نفس نصيبها في تكوين الشريعة الاسلامية . وقد تقدم بيان ذلك .

المعاملات

وكذلك نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون المعاملات المدنيه والقوانين الأخرى هو نفس نصيبها في تكوين القانون الفرنسي . الا انه مما يجدر ذكره هنا ان المشرع المصري ، عندما نقل تقنيناته عن التقنينات الفرنسية ، أخذ في بعض المسائل بالقضاء الفرنسي لا بالتشريع . مثل ذلك الهبة في صورة البيع وجواز تخفيض أجر الوكيل فيكون للقضاء الفرنسي التالي للتشريع أثر مباشر في تكوين القانون المصري .

الفقه والقضاء مصدران تفسيريان

الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

اما وقد وجد القانون المصري . وكان نصيب الفقه والقضاء

في تكوينها هو القدر الذي ذكرناه ، فان الفقه والقضاء الآن لايعدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصرى ، وليسا مصدرين رسميين . فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعه السكسونية ، هي المتغلبة في مصر .

الفقه والقضاء في القوانين الاهلية والمختلطة :

الفقه والقضاء المصريان

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا . تستأنس بهما المحاكم الاهلية والمحاكم المختلطة في تفسير القانون . ولكن لها ان تأخذ بهما او تدعهما كما تفعل المحاكم في فرنسا .

وليس القضاء الاهلى في مصر ملزما الا في حالة واحدة ، هي ان يطعن في حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية الى المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد . ففي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى احيلت اليها القضية ان تتبع حكم محكمة النقض والابرام في المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقض ملزم في هذه القضية بالذات دون غيرها . كما تقدم ذلك في قضاء محكمه النقض الفرنسية .

الفقه والقضاء الفرنسيان

على ان المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيرا ماتستأنس بالفقه والقضاء في فرنسا . ويرجع السبب في

ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما قدمنا : فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح في اغلب الاحيان تفسيرا للقوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء في مصر لايزالان في مراحلها الاولى من التقدم ، وهما بعد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، سريعا التأثر بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية في كثير من الاحوال ان ترجع الى الاصل دون التبع . ونرى من ذلك ان الفقه والقضاء فى حاجة الى استكمال نضوجهما حتى يتمكنا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الاجنبية .

فالفقه المصري ليس له طابع شخصى ، ويكاد يكون تقليدا محضا للفقه الفرنسى ، على وفرة المؤلفات الفقهية والرسائل والمجلات فى القانون المصرى فى جميع فروعه ، من اهلى ومختلط وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين وأجانب . (ونسنا ننكر ماقامت به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جليلة فتحت الباب لمن اتى بعدهم يترسم خطاهم . الا اننا اصبحنا بحمد الله امة طموحا تبغى الدنو أبدا من الكمال . ولا تزال المرحلة التى قطعناها على ما فيها من جهود ومشقة صغيرة الى جنب المراحل التى بقى علينا ان نجتازها واذا كنا قد وفقنا الى تأدية الفقه الحديث فى لغة

عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة. فقد بقي امامنا خطوتان أخريان أجلى شأناً وأكبر خطراً. علينا اولا ان «نمصر» الفقه فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً نرى فيه طابع قوميتنا ونحس اثر عقليتنا. ففقهنا حتى اليوم لايزال هو ايضاً يحتله الاجنبي. والاحتلال هنا فرنسي، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنتاً من اي احتلال آخر. لايزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد، لايكاد يتزحزح عن افقه او ينحرف عن مسراه. فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين. فاذا قدر لنا ان نستقل بفقهنا، وان نفرغه في جو مصري، يشب فيه على قدم مصرية، وينمو بمقومات ذاتية. بقي علينا ان نخطو الخطوة الاخيرة فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية ونؤدي قسطنا مما تفرضه علينا الانسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن....

(ومن اهم الوسائل في الوصول الى ذلك العناية بالشريعة الاسلامية) شريعة الشرق، ووحي الهامه، وعصارة اذهان مفكريه، نبتت في صحرائه، وترعرعت في سهوله ووديانه، فهي قبس من روح الشرق، ومشكاة من نور الاسلام، يلتقي عندها الشرق والاسلام فيضيء ذلك بنور هذا ويسري في هذا روح ذلك.

حتى يمتزجان ويصيران شيئا واحدا . هذه هي الشريعة الاسلامية لو وطئت اكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا في هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهنا وفي قضائنا وفي تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد،فيضيء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون .»[١]

وكذلك القضاء المصري فهو لايزال يستمد غذاءه من القضاء الفرنسي ، ويكاد لايستغني عنه ، وان كان قد وصل في طريق الاستقلال الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء في ذلك القضاء الأهلي والقضاء المختلط ، لاسيما بعد أن أنشئت محكمة النقض الاهلية ، وتهذبت المجموعات التي تنشر بها الاحكام القضائية الاهلية والمختلطة[٢] .

انعزال الفقه عن القضاء في مصر

على ان الفقه والفقهاء في مصر لايزالان يعيشان كل منهما بمعزل عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو

---

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتابنا : « النظرية العامة الالتزامات — الجزء الاول في نظرية العقد »

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية ومجلة المحاماة في القضاء الأهلي ومجموعة التشريع والقضاء المختلط وجازيت المحاكم المختلطة في القضاء المختلط .

الفقه والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاونون في بذلها الفقه والقضاء . فاذا عني القضاة بكتابة احكامهم على اسس فقهية متينة ، وبنشر هذه الاحكام ، وعني الفقهاء بالتعليق على احكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادئ الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه ان يعيشوا في بيئة قضائية ، ولرجال القضاء ان يعيشوا في بيئة فقهية ، فان هذا الامتزاج لا شك يحدث اكبر الاثر في تهذيب كل من الفقه والقضاء . »

١٢٤ — الفقه والقضاء في قانون الاحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما اثر كبير في تكوين الشريعة الاسلامية ، شريعة الاحوال الشخصية ، فانهما الآن في مصر ليسا الا مصدرين تفسيريين ، وليست لهما إلا أهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

قضاء المحاكم الشرعية

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه الا ان يطبق احكام الشريعة الاسلامية على الاقضية التي تعرض لهذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة في نصوص تشريعية — بان يأخذوا بأرجح الاقوال من المذهب الحنفي . فهم مقلدون لا يجتهدون ، ومقلدون في مذهب واحد ، وفي قول من هذا المذهب . فلا عجب إذا لم يكن للقضاء الشرعي أثر كبير في

النهوض بالشريعة الاسلامية » والاخذ بها في طريق التطور ، حتى تماشي مقتضيات المدنية الحاضرة. وتجمع مجلة المحاماة الشرعية احكام القضاء الشرعي من عهد غير بعيد.

الفقه الشرعي

أما الفقه الشرعي فهو بعيد بُعد القضاء عن التأثير في الشريعة الإسلامية. وفقهاء الشريعة الاسلامية في مصر في العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وان كان عند البعض نزعة الى الاجتهاد. وامام هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الامام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقة لروح العصر أثر كبير في تنبيه الفقهاء إلى وجوب فتح باب الاجتهاد من جديد. على ان احداً من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى نفسه الاجتهاد ، مهما اشتدت نزعته الى ذلك، لما تأصل في فكرة جمهور الفقهاء من ان باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفي هذا من الجمود على القديم ما نهى الله عنه ؛ وما لا يتفق مع سنة التطور التي يخضع لها القانون.

ولبعض فقهاء الشريعة الاسلامية فضل كبير في كتابة بعض أبواب الفقه الاسلامي ملخصاً في اسلوب عصري، قريب التناول، سهل الفهم على جمهور المتعلمين وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الاسلامية في المعاهد الازهرية ،

وكثيراً ما يستعان بها في المحاكم عند الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية والمعاملات والوقف .

وقد قنن المرحوم قدري باشا هذه الاحكام ، واستعان في ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت تقنيناته هذه هي الاساس الذي بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم كثيرا مما كتبوه ، فكانت تقوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع جهود فقهاء الهنود والمستشرقين ، فهي غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية في مصر . ويلاحظ ان بعض الجهود الفقهية التي اشرنا اليها صدرت من علماء غير مختصين في الفقه الاسلامي كالمرحوم قدري باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الازهر . أما المعهد الازهري فله ان يفخر بان يكون الاستاذ الامام وتلاميذه الاعلام من متخرجيه ، على انه يحمل في عنقه امانة هذه الشريعة المحمدية وعليه ان يضطلع بهذه المسئولية الخطيرة في الجيل الحاضر كما اضطلع بها في الاجيال الماضية

١٢٥ — القضاء والفقه في العراق :

اما القضاء في العراق فلا يزال ، بعد استقلال البلاد ، في اول مراحل تطوره . وهو يعالج كل يوم مشاكل خطيرة . ويوفق في أحكامه بين مبادئ المجلة في دائرة القانون المدني ، ومبادئ

القانون الفرنسي في دائرة القانون التجاري والقوانين الاخرى. ويبذل في ذلك جهوداً كبيرة. وهو متى استكمل وسائل الرقي بما يبذل من جهد، لا يتردد في معالجة الاقضية على وجه يوفق فيه بين العلم والعمل.

وكذلك الفقه في العراق لا يلبث ان يساير القضاء ويعاونه، متى توافر للنهضة القانونية الحاضرة في العراق اسباب التقدم. على ان فقه الشريعة الإسلامية يجد في العراق ايضاً خصبة، ففي هذه الارض نما الفقه الاسلامي وازدهر. ولا يزال باب الاجتهاد مفتوحاً عند فريق من المسلمين، وقد لا يتأخر اليوم الذي يفتح فيه هذا الباب من جديد عند جميع المسلمين، ويسترد العراق مكانته الاولى، فيعود مناراً للفقه الاسلامي.

الباب الثالث

فروع القانون

١٢٧ — تقسيم القانون الى قانون دولي وقانون داخلي :

ينقسم القانون انقساماً اولياً الى قانون دولي (droit international) وقانون داخلي (dtoit interne) .

القانون الدولي — فالقانون الدولي ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين اكثر من دولة واحدة . والقانون الداخلي ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة . — القانون الداخلي

الفصل الاول

القانون الدولي

١٢٨ — تقسيم القانون الدولي الى عام وخاص :

وينقسم القانون الدولي بدوره الى قانون دولي عام [droit international public] وقانون دولي خاص [droit international prive]

القانون الدولي العام — فالقانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة واخرى.

القانون الدولي الخاص — والقانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الافراد المنتمين الى دول مختلفة .

الفرع الاول

القانون الدولي العام

١٢٩ — مسائل القانون الدولي العام :

قدمنا أن القانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول(١) . ولما كان لكل دولة سلطانها المستقل، وكان لا بد لكل دولة ان تتصل بالأخرى ، فالعلاقات التي تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لابد ان تنظم، والقانون الدولي العام هو الذي يتولى تنظيمها. قانون السلم

فحقوق الدولة في السلطان ، وفي البقاء ، وفي المساواة ، وفي الملكية ، وفي القضاء ، كل هذه ينظمها القانون الدولي العام . كذلك ينظم هذا القانون ما يجرى بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسي والتمثيل القنصلي ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هي الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التي تنظم هذه الروابط بقانون السلم.

---

(١) ونرى ان يدخل ايضاً في دائرة القانون الدولي العام القواعد التي تنظم الروابط مابين الافراد المنتمين الى دولة معينة و بين دولة اخرى اجنبية عن الاولى باعتبارها سلطة عامة . وهذا ما يعبر عنه عادة بحقوق الاجانب في الدولة .

فاذا ما نشبت الحرب بين دولة واخرى ، فالملاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفيــة اعلان الحرب والاسلحة التي يجوز استعمالها ومعاملة الاسرى والمفاوضة اثناء الحرب وطرق انهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب أما الدول الاخرى التي لا تدخل الحرب فتكون علاقتها بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرع عنها من جواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد. قانون الحرب والحياد

وقد تمخضت الحرب الكبرى عن هيئات دوليــة جديدة ، أهمها عصبة الامم ومحكمة العدل الدائمة ونظام العمل الدولي . فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التي تتبعها في القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولي العام . الهيئات الدولية الكبرى

١٣٠ – مصادر القانون الدولي العام :

ولا يزال القانون الدوي العام في المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكرنا في حالته الراهنة بما كان عليه القـانون الداخلي في الازمان السابقة من نقص في وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلي بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أي على ما ارتضتـه الدول ضمناً العادات والمعاهدات

بحكم العرف ، او صراحة بحكم الاتفاق . وقد اخذ الفقه والقضاء يكونان مصدرين له . أما الفقه فقد بدأ منذ القرن السابع عشر. وقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف هو الذي اسس القانون الدولي الحديث على مبادئ القانون الطبيعي ، وتعاقبت بعده فقهاء القانون الدولي يبسطون أصوله ويقررون احكامه . اما القضاء فقد اخذ يتغلغل في القانون الدولي في العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذي بدأ يكون اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون اجبارياً ، وعهد بتأدية العدالة الدولية الى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك الى هيئات دائمة ومحاكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك في العدالة داخل الدولة .

الفقه والقضاء

فالقانون الدولي يسير في الطريق الذي سلكه القانون الداخلي. ولا يزال القانون الدولي ينقصه شيئان جوهريان توافرا للقانون الداخلي . الشيء الاول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تلزم الدول . وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتمسها في عصبة الامم . فهذه العصبة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر دائمي تجتمع فيه الدول ، في شيء من التنظيم والاضطراد ، يكفله تشكيل هيئات دائمة

عدم وجود هيئة تشريعية دولية

لهذا المؤتمر . مع الانضمام الى عصبة الامم والخروج منها اختياري موكول الى ارادة الدول اعضاء هذه العصبة . وهي اذا انضمت لاتلتزم بتشريع تسنه العصبة الا اذا رضيت به واخذ شكل معاهدة او اتفاقية . والشيء الثاني هو وجود جزاء تطبقه سلطة عليا مع الدول التي تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولي . وذلك انه لاتوجد قوة دولية تقوم بتنفيذ مايقرره القانون الدولي من الاحكام ، حتى ما ارتضته الدول من هذه الاحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة قد قرر ضروباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية مع من يخالف هذا العهد فان هذه العقوبات لاتوقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة بكامل سلطانها .

عدم وجود اجزاء

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولي ، وبقي مضطردا الى حد الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية والى السلطة الدولية التي توقع الجزاء ، فالقانون الدولي في ذلك الوقت لايبقى دوليا ، اذ تكون الدول قد اندمجت في ضرب من الوحدة ، واصبح القانون الذي ينظم مابينها من روابط قانونا دستوريا لا قانونا دوليـاً .

انتقال القانون الدولي الى قانون دستوري

الفرع الاول

القانون الدولى الخاص .

١٣١ — مسائل القانون الدولى الخاص

تنازع الاختصاص وتنازع القوانين

رأينا ان القانون الدولى الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الافراد المنتمين الى دول مختلفة [١] فأية قضية تشتمل على عنصر اجنبي قد تثير مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص . والكثير من القضايا لاتشتمل على عنصر اجنبي فلا تثار فيها قواعد القانون الدولى الخاص . مثل ذلك عراقي يرهن لعراقي آخر ارضا في العراق مملوكة له ، فاي نزاع يقوم بشأن هذا الرهن يعرض على محكمة عراقية ، ويطبق فيه القانون العراقي ، لكن اذا فرض ان الارض المرهونة ليست في العراق بل في فرنسا ، وهي مملوكة لفرنسي رهنها لعراقي في العراق ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا النزاع امام محكمة عراقية ، هذا هو السؤال الاول ، ثم

---

(١) الادق ان نقول ان كل قضية تثير احتكاكا ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضي الأمر ان نحدد اي قضاء هو المختص وأي قانون هو الواجب التطبيق ، تدخل في دائرة القانون الدولي الخاص ، حتى لو كان الخصوم ينتمون جميعاً الى دولة واحدة .

اذا قلنا بجواز رفع النزاع امام محكمة عراقية ، بقى ان نعرف اى قانون تطبقه المحكمة العراقية على هذا النزاع ، اتطبق القانون العراقى باعتباره قانونهما او باعتباره قانون احد الخصمين ، ام تطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون الخصم الآخر او باعتباره قانون محل العقار ! هذا هو السؤال الثاني : (١)

والقانون الدولى الخاص هو الذي يجيب على كل من السؤالين ، فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكمة المختصة ، ويحدد عند تنازع القوانين القانون الواجب التطبيق .

تنازع الاختصاص

اما تنازع الاختصاص فمن الامثلة عليه ما يأتي : انجليزي احترف التجارة في العراق ثم افلس ، واعلنت محكمة عراقية افلاسه . رجع الانجليزي بعد ذلك الى انجلترا وثار نزاع بينه وبين أحد دائنيه عرض على محكمة انجليزية . فهذه المحكمة تبت اولا فيما

---

(١) ولو فرض أن كلا من الراهن ، المرتهن عراقي ، ولكن الارض المرهونة في فرنسا ، فتنازع الاختصاص وتنازع القوانين باق على حاله كما في المثل المتقدم ، ولو ان الخصمين ينتميان الى دولة واحدة ، لأن القضية دخل فيها عنصر اجنبي (هو وجود الأرض المرهونة في فرنسا) أوجب احتكاكا ما بين القضاء والقانون في دولتين ، دولة العراق التي ينتمي اليها الخصمان ودولة فرنسا التي توجد بها الأرض المرهونة (انظر الحاشية السابقة) .

اذا كانت المحكمة العراقية التي اعلنت الافلاس مختصة في نظرها باعلان أفلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض ان انجليزيا في العراق رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة عراقية ، فحكمت له بالطلاق ، وذهب الى انجلترا بعد ذلك وتزوج من اخرى . ثم ثار نزاع بينه وبين مطلقته في صحة الطلاق ، وعرض النزاع على محكمة انجليزية ، فهذه المحكمة تبت اولا فيما اذا كانت المحكمة العراقية التي حكمت بالطلاق مختصة بهذا الحكم في نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض في المثلين المتقدمين : في المثل الاول عندما تعلن المحكمة العراقية أفلاس التاجر الانجليزي ، اى القانونين تطبق ، القانون الانجليزى ام القانون العراقى ؟ وفي المثل الثاني عندما تقضي المحكمة العراقية بالطلاق هل تطبق في قضائها هذا الشريعة الاسلامية وهي قانون العراق في الاحوال الشخصية او القانون الانجليزي وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها في القانون الدولى الخاص ما يأتي :

الشكل

(١) الشكل يطبق فيه قانون المحل . مثل ذلك عراقي كتب وصية في فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة عراقية . فالمحكمة العراقية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون الفرنسي وهو

قانون المحل الذي كتبت فيه الوصية .

الاحوال الشخصية

(٢) في الاحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية او قانون الموطن عند الانجليز . مثل ذلك عراقي مسلم رفع دعوى طلاق على امرأة امام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق في هذه الدعوى الشريعة الاسلاميه . قانون جنسية الزوجين .

العقار

(٣) في العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار في فرنسا يملكه عراقي ورهنه . وعرض نزاع بشأن الرهن أمام محكمة عراقية . فالمحكمة العراقية تطبق القانون الفرنسي . وهو قانون محل العقار .

١٢٢ — طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص والفرق بينها وبين القانون الدولي العام :

وتبين مما تقدم ان قواعد القانون الدولي الخاص هي في الواقع من الامر قوانين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها، تطبقها محاكم هذه الدولة كما تطبق اي قانون داخلي آخر . وتستمد هذه القواعد من التشريع او من القضاء او من الفقه او من اي مصدر آخر من المصادر المعروفة للقانون .

الفروق بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص

ويتضح من ذلك أن هناك فرقاً جوهرياً بين قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد الدولي العام ، فالاولى قوانين داخلية كما

قدمناه ، تطبقها المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ، ولها جزاء بخلاف قواعد القانون الدولى العام فقد رأينا ان لها محاكم دولية تطبقها ولا مصدر لها من التشريع ، وليس لها جزاء .

النزعة الى توحيد قواعد القانون الدولي الخاص

على ان هناك نزعة واضحة ترمي الى توحيد قانون الدولى الخاص عند جميع الدول اما بتوحيد التشريع او بمقتضى اتفاقيات وفي الحالة الاخيرة تكتسب قواعد القانون الدولى الخاص صبغة دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم روابط ذات صبغة دولية ، بل من حيث مصدرها ايضا اذ تصير قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

الفصل الثاني

القانون الداخلى

١٣٣ — تقسيم القانون الداخلي الى خاص وعام

القانون العام

وينقسم القانون الداخلى كما ينقسم القانون الدولى الى قانون عام (Droit publie) وقانون خاص (Droit prive) .

القانون الخاص

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التى تشتمل عليها وعلاقة الافراد بها . والقانون الخاص ينظم

الروابط الخاصة مابين الافراد داخل الدولة .

الفرع الاول

القانون العام

١٣٤ — اقسام القانون العام :

ويشتمل القانون العام على الاقسام الآتية :

القانون الدستوري

١ — القانون الدستورى (droit constitutionnel) وهو القانون الذى يقرر حقوق الفرد في الدولة ويحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقاتها مع الافراد .

القانون الاداري

٢ — القانون الادارى (droit administratif) وهو فرع من القانون الدستورى ويقتصر من السلطات العامة على السلطات الادارية، فيبين النظم التى تقوم عليها ويحدد علاقاتها مع السلطات الاخرى وعلاقاتها مع الافراد

القانون المالي

٣ — القانون المالى (droit financier) وهو فرع من القانون الاداري ويقتصر من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة.

القانون الجنائي

٤ — القانون الجنائي او قانون العقوبات (droit penal)

ويبين الجرائم المعاقب عليها في الدولة وقدر العقوبة في كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الاعمال المنهى عنها والتي اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجاً على المجموع واستحق العقاب

قانون الاجراءات الجنائية

٥ — قانون الاجراءات الجنائية (او قانون المرافعات الجزائية) (droit de procedure penale) وهو فرع من القانون الجنائي ويبين الاجراءات التي تتبع لتطبيق احكام القانون الجنائي كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والاحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .

وها نحن نستعرض كل قسم من هذه الاقسام في ايجاز تام

المبحث الاول

القانون الدستوري

١٣٥ — مسائل القانون الدستوري

حقوق الفرد

قدمنا أن الدستور يحدد شكل الدوله وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الاخر ، وعلاقاتها مع الافراد ، وحقوق الفرد في الدولة[1] فاحدى المسائل التي

---

(١) ونرى ان يدخل في دائرة القانون الدستوري القواعد التي تحدد

يبحثها القانون الدستوري هي حقوق الفرد في الدولة . وقد قامت الديمقراطية الحديثة على ان الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشتمل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة المسكن وحرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة امام القضاء والمساواة في التوظف والمساواة امام التكاليف العامة

شكل الدولة

ثم يبحث القانون الدستوري عناصر الدولة الاربعة (وهي جماعة من الناس واقليم وتنظيم وسلطان) وشكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية وجمهورية ، استبدادية وديمقراطية ودكتاتورية برلمانية وغير برلمانية، بسيطة وعهدية الخ الخ)

السلطات العامة

ثم يحدد القانون الدستوري السلطات العامة التي تتألف منها الدولة ، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والاعمال التي تقوم بها والصلات التي بين كل سلطة بأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالافراد .

ويلاحظ ان القانون الدستوري بالتحديد المتقدم يتسع حتى

الشروط الواجب توافرها في الافراد حتى ينتموا الى دولة معينة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بقانون الجنسية .

يندمج فيه القانون الاداري والقانون المالي والنظام القضائي . الا ان العادة قد جرت ان تفصل هذه الفروع عن القانون الدستوري ويختص كل فرع منها بابحاث خاصة مستقلة تسهيلا للدرس .

١٣٦ — القانون الدستوري العراقي

تاريخه وسمي بالقانون الاساسي العراقي ، جاء ذكره في المعاهدة التي ابرمتها انجلترا مع العراق لتحل محل الانتداب عقب الثورة ، في تشرين الاول سنة ١٩٢٢ . فقد ورد في المادة الثالثة من هذه المعاهدة ان لائحة قانون اساسي تعرض على المجلس العراقي ، ويكون من شأنها الا تتناقض مع احكام المعاهدة ، وان تكفل حقوق جميع سكان العراق ومصالحهم ، وان تقرر حرية الرأي وحرية الدين وحرية التعليم والمساواة بين السكان .

فتألفت ، بناء على ذلك ، لجنة من عراقيين وانجليزيين ، وحضرت اللائحة المذكورة ، ثم تألفت لجنة اخرى اعادت النظر اللائحة . ودعي المجلس التأسيسي في سنة ١٩٢٤ لاقرارها . وقد اقرها المجلس ، واصدر القانون الاساسي في سنة ١٩٢٥ .

ترتيبه ويتضمن القانون الاساسي العراقي بابا يقرر حقوق الشعب ، اي حقوق الفرد في الدولة التي سبقت الاشارة اليها . وبابا ثانيا يقرر حقوق الملك ووراثة العرش . وبابا ثالثا يضع احكام السلطة

التشريعية من تأليف واختصاص واجراءات تتبعها عند القيام بمامها . وبابا رابعا في الوزارة وما تجري عليه من احكام في ادارة شؤون الدولة . خامسا في السلطة القضائية . وبابا سادسا في الامور المالية . وبابا سابعا في ادارة الاقاليم .

واختتم القانون الاساسي العراقي بابواب ثلاثة ، اولها يقر القوانين العثمانية التي كانت معمولا بها وقت صدور الدستور ، مع مراعاة ما ادخل عليها من تعديلات بموجب البيانات والنظامات والقوانين التي اصدرها القائد العام للقوات البريطانية في العراق والحاكم الملكي العام والمندوب السامي والملك فيصل . والباب الثاني ينص على الاحكام التي تجب مراعاتها في تعديل القانون الاساسي . والباب الثالث يتناول مسائل متنوعة ، منها اعلان الاحكام العرفية ، ومنها تحديد الجهات المختصة بتفسير القانون الاساسي وتفسير القوانين الادارية .

وقد جاء هذا القانون الاساسي ، في نصه العربي ، على شيء من الغموض والتناقض ، يقتضي بعض العناء في تفسيره

المبحث الثاني

القانون الاداري والقانون المالي

١٢٧ - مسائل القانون الاداري والقانون المالي

يتناول القانون الاداري تنظيم السلطة التنفيذية كما قدمنا. ومن الممكن ان ننظر الى السلطة التنفيذية نظرتين: النظرة الاولى نظرة الى شيء ثابت لا يتحرك، فيحلل الى عوامله الاولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vüe statique) والنظرة الثانية نظر الى شيء يتحرك ويعمل، فتتبين الوسائل التي يتذرع بها في العمل le point de vue dynamique وبحسب النظرة الاولى، تحدد الهيئات الادارية، وهي الدولة في القمة، ويليها الهيئات الاقليمية، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية، ثم المؤسسات العامة. وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها، ومرافق عامة تتولى ادارتها. ثم هناك طريقتان للإدارة: طريق المركزية centralisatin، وبمقتضاه تتركز الادارة في يد الدولة، ولا تعطي للهيئات الاقليمية ولا للمجالس البلدية الا قسط ضئيل من الاستقلال الذاتي، وطريق اللامركزية decrentralisatin وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الادارة المحلية

الهيئات الادارية

وظائفها

للهيئات الاقليمية والمجالس البلدية ، فتتمتع هذه بقسط كبير من الذاتية الادارية .

الموظفون

وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الادارة من طريق موظفيها ، وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف اعمالهم بانها اعمال ادارية ، وتستعين الدولة فى القيام بواجباتها بالاموال العامة . فهنالك مسائل ثلاث : (١) الموظفون ، والقواعد التي تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة مدنية او قانونية ، وكيف يعينون وكيف يقالون ويستقيلون ، وكيف يحاكمون ، وما هي مسئوليتهم تجاه الدولة ، ومسؤليتهم تجاه الافراد ، ومسؤلية الدولة عنهم تجاه الافراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة بالوظائف وبالموظفين . (٢) الاعمال الادارية ، وما هي طبيعة هذه الاعمال ، وكيف يميز بينها وبين اعمال السلطات الاخرى ، وما هي ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشؤون المتعلقة بالاعمال الادارية . (٣) الاملاك العامة . وكيف تحدد ، وما هي مميزاتها ، ولأي نظام قانوني تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما الى ذلك من النظم التي تتبع في الاملاك العامة .

الاعمال الادارية

الاملاك العامة

هذه هي مسائل القانون الاداري . أما مسائل القانون المالي

الضرائب

فيمكن حصرها في ميزانية الدولة وهذه تنقسم الى دخل وخرج: والدخل له موارد متنوعة: اهمها الضرائب بمختلف انواعها، ثم ما تتقاضاه الدولة اجرا عن خدمات تؤديها، ثم ما تستولي عليه من غلة لاموالها الخاصة التي تتملكها تملك الافراد لاموالهم، ثم القروض اذا لجأت لها الدولة لسد عجز في ميزانيتها او لاستغلال مرفق من المرافق العامة، اما الخرج فهو ما تنفقه الدولة على مرفق من المرافق العامة التي تقوم بادارتها. واهم هذه المرافق الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية:

اجرو الخدمات

غلة الاموال الخاصة

القروض

المصاريف

١٣٨ — القانون الاداري العراقي والقانون المالي العراقي

القانون الاداري

اما القانون الاداري العراقي فلا يجمعه امكان تقنين واحد، شأن العراق في ذلك شأن اكثر الدول. وانما يتوزع القانون الاداري في العراق على قوانين متفرقة، اهمها القانون الاساسي وقد سبقت الاشارة اليه، ثم طائفة من القوانين تنظم الادارة الاقليمية والادارة المحليه وحالة الموظف، كقانون الالوية وقانون البلديات وقانون الخدمة المدنية وقانون الانضباط، ثم ما يتعلق بدائرة التدوين من قوانين ونظم، وما تصدره من قرارات وفتاوي. والقانون المالي العراقي تشتمل عليه قوانين الميزانية المتعاقبة،

والقوانين التي تقرر الضرائب المختلفة ، وغير ذلك من القوانين المتعلقة بالمسائل التي اشرنا إليها .

المبحث الثاني

قانون العقوبات

وقانون المرافعات الجزائية

١٣٩ — مسائل قانون العقوبات وقانون المرافعات الجزائية

قدمنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الاعمال المنهي عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذي وقع على من يأتي هذه الاعمال .

المسئولية الجنائية — فهو أولا يحدد قواعد المسؤلية الجنائية ، ويبين اركان الجريمة ، ثم يتناول الجرائم واحدة بعد اخرى طبقا لتقسيم منطقي يتوخاه ، فيحدد اركان كل جريمة ، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة . وهو ثانيا يحدد عقوبة لكل جريمة وهي في الغالب عقوبة ذات حدين ، حد اعلى لا يجاوزه القاضي ، وحد ادنى لا ينزل عنه .

الجريمة

العقوبة

جرائم تقع على الدولة — والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمن الحكومة الداخلي او الخارجي ،

وجرائم التمرد والعصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرة بالامن العام ، والرشوة ، وتزييف المسكوكات . وجرائم تقع على الافراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، منها الجرائم التي تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التى تقع على المال ، كالسرقة والنصب وخيانة الامانة . والجرائم التى تقع على العرض ، كالوقاع وهتك العرض والزنا والتحريض على الفسق والفجور والقذف والسب .

جرائم تقع على الافراد

اما قانون المرافعات الجزائية فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق احكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هي السلطة التى تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تفتش منزله ، ومتى تحبسه حبسا احتياطيا ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت ادلة الادانة . ثم اذا احيل المتهم الى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هي القواعد التى تخضع لها الدعوى العمومية منفردة او مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هي اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التى تخضع لها ، وما هي الاجراءات التى تتبع في المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود واقوال المتهم واستحضار الخبراء والانتقال الى محل

التحقيق

المحاكمة

الحكم

الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك وسماع اقوال النيابة واقوال الدفاع . ثم اذا صدر الحكم بادانة المتهم ، فما هي طرق الطعن في هذا الحكم ، من معارضة واستئناف وتمييز . ثم اذا اصبح الحكم نهائيا ، فكيف ينفذ . هذه هي المسائل التي يتناولها قانون المرافعات الجزائية ذكرناها اجمالا .

التنفيذ .

١٤٠ - قانون العقوبات البغدادي وقانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي

تاريخ قانون العق البغدادي

كان العراق ، عندما كان جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، خاضعا لقانون الجزاء العثماني . وقد أخذ هذا القانون عن القانون الفرنسي وصدر في سنة ١٨٨٥ وبقي معمولا به في العراق الى عهد الاحتلال الانجليزي . ثم رأت السلطة المحتلة ان تصدر قانونا جديداً يكون اكثر ملاءمة لحالة البلد ، فصدر « قانون العقوبات البغدادي » في سنة ١٩١٨ ، مأخوذاً من احكام قانون الجزاء العثماني القديم ، ومستمداً من قانون العقوبات المصري الذي صدر في سنة ١٩٠٤ . وكلا القانونين مأخوذ من القانون الفرنسي . إلاّ ان قانون العقوبات المصري الصادر في سنة ١٩٠٤ انطوى على بعض مسائل اخذت عن القانونين الهندي والانجليزي . ولا زال « قانون العقوبات البغدادي » معمولاً به حتى الآن ، وقد أقرّه القانون

الاساسي كما قدمنا .

تاريخ قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي

أما « قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي » ، فقد صدر ايضاً في عهد الاحتلال الانجليزي ، في اواخر سنة ١٩١٨ ، وحلّ محل القانون العثماني الذي كان مطبقاً في العراق الى ذلك الحين . وقد كان القانون العثماني مأخوذاً من القانون الفرنسي ، كما هو الأمر في قانون الجزاء . أما « قانون اصول المحاكمات الجزائية البغدادي » فقد بني ، كما تقول مذكرته الايضاحية ، «على اساس قانون تحقيق الجنايات السوداني » ، الذي وضع بناء على تعليمات لورد كتشنر ، بعد اعادة احتلال السودان بقليل ، وقد ثبت صلاحيته لتلك البلاد . أما قانون عقوبات ؟ (يريد قانون تحقيق الجنايات) السودان ذاته فقد وضع بوجه عام على اساس قانون تحقيق الجنايات الهندي ، ولكنه يحوي نصوصاً ذات اهمية متعلقة بتشكيل المحاكم ، وتأييد الاحكام واستئنافها ، اخذت كلها من قانون بريطانيا العسكري . ويشمل هذا القانون ايضاً بعض نصوص ستوضح بعد ، اخذت من قانون اصول المحاكمات الجزائية التركي ، الذي يرجع مأخذه النهائي الى قانون اصول المحاكمات الجزائية الفرنسي » .

الفرع الثاني

القانون الخاص

١٤١ — اقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتي :

القانون المدني

(١) القانون المدني (droit civil) ، وهو اساس القانون الخاص، واليه ترجع احكام هذا القانون بوجه عام : ويقوم بتنظيم الروابط الخاصة ما بين الافراد بعضها بالبعض الآخر في المجتمع .

القانون التجاري

(٢) القانون التجاري (droit commercial) ويتخصص في جانب من الحياة المدنية هي الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التي تنظم التجارة والتجار في نشاطهم التجاري .

القانون البحري

القانون البحري (droit maritime) ، ويتخصص في جانب من الحياة التجارية ، هي التجارة البحرية .فهو يحدد القواعد التي تنظم التجارة في البحار . ومن ذلك نرى ان القانون التجاري جزء من القانون المدني ، والقانون البحري جزء من القانون التجاري .

قانون المرافعات

(٤) قانون المرافعات المدنية والتجارية (droit de procedure civile et commereiale .)

وينظم الاجراءات التي يجب اتباعها لتطبيق احكام القانون المدني والقانون التجاري .

المبحث الاول

القانون المدني

١٤٢ — *تمهيد* :

نقف قليلا عند القانون المدني ، فهو اساس القانون الخاص كما قدمناه . فنقول كلمة في تقسيماته ومسائله ، ثم نعرض بايجاز للقانون المدني العراقي .

المطلب الاول

موضوعات القانون المدني

١٤٣ — *تقسيم القانون المدني الى قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات* :

القانون المدني ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : (اولا) باعتباره عضواً في اسرة، فتنظيم الروابط التي تربطه بهذه الاسرة يدخل في دائرة قانون الاحوال الشخصية . (ثانياً) باعتباره عضواً في المجتمع من حيث نشاطه المالي ، وتنظيم الروابط التي تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل في دائرة قانون المعاملات . ونتناول كلاً من الدائرتين ببحث وجيز .

ا — قانون الاحوال الشخصية

١٤٤ — تحديد دائرة الاحوال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الاحوال الشخصية بأنها الدائرة التي تشتمل على شيئين (أولا) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية (ثانياً) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

١٤٥ — تحديد الشخصية :

تتولد للفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً .

اهلية الوجوب

فالجنين له اهلية وجوب ناقصة، اذ يرث ويوصي له ويوقف عليه، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فاذا ما ولد كملت عنده اهلية الوجوب ، ويصبح أهلا للتمتع بكل الحقوق . ولكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحور الذي ترتكز عليه أهلية الأداء.

اهلية الاداء

ويبقى الطفل معدوم اهلية الأداء حتى يصل الى سن التمييز ، فتتوافر عنده اهلية اداء ناقصة ، ويستطيع ان يستعمل حقوقه فيما ينفعه نفعاً محضاً ، ولا يستطيع ان يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيما هو دائر بين النفع والضرر . فإذا ما وصل الى سن الرشد كملت عنده أهلية الأداء ، واستطاع أن يستعمل كل حقوقه ، إلا إذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون

والعته والغفلة والسفه ، فيحجر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب واهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقيامة . كل هذه مسائل تدخل في دائرة الاحوال الشخصية (١) .

١٤٦ — روابط الفرد بالاسرة :

النسب

وتشمل دائرة الاحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . فالفرد منذ يولد ينتمي الى أسرة معينة. وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت النبوة الشرعية . فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه، التزم الأب بالانفاق عليه. وللولد حقوق في الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فعقد الزواج وما يتجمع حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه ومايترتب عليه من التزامات في جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وفرق النكاح من طلاق وخلع وفسخ، وما يستتبع ذلك من

الرضاع والحضانة والنفقة

الزواج

---

(١) كل ما قدمناه يدور حول الشخصية الطبيعية . وتوجد الشخصية المعنوية اوالقانونية (personnalite juridique) الى جانب الشخصية الطبيعية . فيعطى القانون لمجموعة من الافراد ، اومجموعة من المال ، الشخصية المعنوية ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها ان تعيش من الناحية القانونية عيشة الشخص الطبيعي ، فتتملك ، وتتعاقد ، وتتقاضى الخ الخ ..

عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة) ، كل هذا ، الى جانب النسب ونفقة الاقارب والرضاع والحضانة. يدخل في دائرة الاحوال الشخصية .

ويدخل في دائرة الاحوال الشخصية ايضاً الميراث ، اذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار . فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة، وكذلك الوقف. هذه هي اهمات مسائل الأحوال الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً .

الميراث والوصية والهبة والوقف

ب — قانون المعاملات

١٤٧ — سلطة الشخص على المال :

ويمكن ان نركز قانون المعاملات في سلطة الشخص على المال. فيجب اولا تعريف المال ، ثم تقسيمه الى اقسام متنوعة ، عقار ومنقول ، مثلي وقيمي ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادي ومعنوي ، ملك ووقف ومباح وعام الخ الخ . .

تقسيم المال

ثم ان الشخص يتسلط على المال أما بطريق مباشر، بأن يخوّل له القانون سلطة معينة على شئ معين ، وهذا هو الحق العيني (droit reel) ، او بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا

الحق العيني والحق الشخصي

قيمـة مالية له في ذمة شخص آخر ، وهذا هو الحق الشخصي .
(droit personnel)

فقانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسيين : قسم الحقوق العينية وقسم الحقوق الشخصية .

١٤٨ — الحقوق العينية :

الاصلية والتبعية
حق الملكية

والحقوق العينيـة تنقسم بدورها الى قسمين : حقوق عينية اصلية (droits reels principaux.) وحقوق عينية تبعية (droits reels aceessoires.) . فالحقوق العينية الاصلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها ولا تتبع حقاً آخر ، والحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي تترتب تابعة لحق آخر ، ولضمان هذا الحق .

١٤٩ — الحقوق العينية الاصلية :

حق الانتفاع

والحقوق العينية الاصلية يمكن حصرها فيما يلي :

(أولا) حق الملـكية (droit de propriete) : وهو اوسع الحقوق العينية نطاقاً . ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ويرد على حق الملـكية قيود متنوعـة ، اهمها ذلك القيد العام الذي يرد على كل حق ، وهو عدم جواز التعسف في استعماله : فالمالك لايجوز له ان يستعمل ملـكه استعمالا يخرج به عن الغرض الاجتماعي الذي قرر حق الملـكية من اجله ؛

والملكية إما ان تكون مفرزة او شائعة . فالملكية المفرزة تقع على عين يملكها شخص واحد، فتتمحض له الملكية في كل جزء من اجزائها . والملكية الشائعة تقع على عين يملكها اكثر من شخص واحد ، فيصبح كل جزء من اجزاء هذه العين مملوكا على الشيوع لأكثر من مالك ، ولا تتمحض ملكية اي جزء لمالك واحد. وينتهي الشيوع عادة بالقسمة. وهي مقررة لامنشئة.

وهناك نوع من الملكية المعنوية اصطلح على تسميته بالملكية الادبية والفنية والصناعية، وتشمل حق المؤلف في تأليفه، وحق الفنان في القطعة الفنية التي ابتدعها ، وحق المخترع في الاختراع الذي كشفه ، وقد سبقت الاشارة الى هذا النوع من الملكية .

حق الانتفاع

(ثانياً) حق الانتفاع (Usufruit) وحق الاستعمال (Usage) وحق السكنى (Habitation) . أما حق الانتفاع فجزء من حق الملكية ، ويقتصر على حق الاستعمال وحق الاستغلال . وحق الاستعمال جزء من حق الانتفاع ، ويقتصر على الاستعمال الشخصي . وحق السكنى جزء من حق الاستعمال ، ويقتصر على نوع معين من الاستعمال الشخصي هو السكنى . ويلحق بحق الانتفاع حق المستحق في الوقف .

حق الارتفاق

(ثالثاً) حق الارتفاق (Servitude) وهو منفعة مقررة على

عقار لمصلحة عقار آخر . ومن حقوق الارتفاق حق المجرى وحق المسيل وحق الشرب وحق المرور وحق المطل .

أسباب كسب الحقوق العينة

هذه هي الحقوق العينية الاصلية وتكسب بالعقد والميراث والوصية والشفعة والتقادم وبطرق اخرى لا محلّ لذكرها هنا . فاذا ما كسبت بالعقد وجب شهر هـذا العقد ، اي جعله علنياً يمكن لكل ذي مصلحة ان يطلع عليه ، ويكون ذلك عادة بتسجيل العقد .

١٥٠ — الحقوق العينية التبعية :

أما الحقوق العينية التبعية فهي الرهون على مختلف انواعها ، وهي :

رهن الحيازة

(اولا) رهن الحيازة (Nantissement, gage) . وهو عقد بمقتضاه يسلم المدين لدائنـه عيناً (منقولا او عقاراً) ضماناً لوفاء دينه . فاذا تمّ العقد ، ترتب على العين المرهونة حق عيني للدائن المرتهن ، يخول لهذا الدائن ان يتقاضى حقه من ثمن هذه العين مقدماً على سائر الدائنين، وهذا هو حق التقدم (droit de p-reference) ، ويخول له كذلك ان ينفذ على العين المرهونة ولو انتقلت ملكيتها من المدين الى شخص آخر ، وهـذا هو حق التتبع (droit de suite) . ورهن الحيازة سمي كذلك لان حيازة العين

المرهونة تنتقل من المدين الى الدائن ، وتبقى الحيازة لدى الدائن حتى يستوفي حقه . ويستغل الدائن العين ويقبض غلتها على ان يخصم هذه الغلة من فوائد الدين ثم من اصل الدين .

الرهن الرسمي

(ثانياً) الرهن الرسمي (Hypotheque) ، ويختلف عن رهن الحيازة فيما يأتي : (١) لا يكون الرهن الرسمي الا في العقار ، أما رهن الحيازة فيكون في العقار وفي المنقول . (٢) لا تنتقل حيازة العين المرهونة رهناً رسمياً الى الدائن ، وتنتقل الحيازة الى الدائن في رهن الحيازة كما قدمنا . (٣) الرهن الرسمي يجب ان يكتب في عقد رسمي ، ورهن الحيازة يجوز ان يكون في عقد عرفي . (٤) شهر الرهن الرسمي يكون بالقيد (Inscription) ، اى بتسجيل البيانات الهامة الواردة في عقد الرهن ، أما رهن الحيازة فيكون شهره بالتسجيل (Transcription) اي بتسجيل عقد الرهن تسجيلاً كاملاً حرفياً .

والرهن الرسمي ، كرهن الحيازة ، يخول للدائن حق التقدم وحق التتبع .

حق الامتياز

(ثالثاً) حق الامتياز (Privilege) ، وهو حق يخوله القانون لبعض الدائنين لصفة خاصة في الدين يستحق من اجلها هذه الرعاية . ومن حقوق الامتياز حق امتياز البائع على العين المبيعة

اذا كان لم يستوفِ الثمن ، فله ان يبيع العين في المزاد ويستوفي حقه مقدماً في ذلك على سائر الغرماء وكذلك حق امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة اذا كان لم يستوف الاجرة .

١٥١ — الحقوق الشخصية (او الالتزامات) :

المصادر والأحكام

الحق الشخصي (او الالتزام) هو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، بمقتضاها يلتزم المدين باداء شيء للدائن . ولا يمكن حصر الحقوق الشخصيه بذواتها كما حصرنا الحقوق العينية ، وانما تحصر الحقوق الشخصية بمصادرها . ونحن نستعرض مصادر الحقوق الشخصية ، ثم نقول كلمة موجزة في احكامها .

١٥٢ — مصادر الالتزامات :

الترتيب الحديث [1] لمصادر الالتزامات يقضي بجعلها خمسة مصادر وهي :

الأرادة المنفردة

(١) الارادة المنفردة (Volonte unilaterale) ، وهي ارادة تصدر من المدين وحده تجعله يلتزم قبل الدائن . مثل ذلك شخص يعرض جائزة لمن يعثر على شيء مفقود .

---

(١) وهناك ترتيب قديم ، اصبح الآن مهجوراً ، يقضي بجعل مصادر الحقوق الشخصية هي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون.

العقد :
التكوين
البطلان
الأثر
العقود المعينة

(ثانياً) العقد (Contrat) وهو توافق ارادتين على انشاء التزام او اكثر والعقد قد يكون ملزماً للجانبين (Seynallagmatique) فينشىء التزامات في جانب كل من المتعاقدين كالبيع ، وقد يكون ملزماً لجانب واحد (Unilateral) ، فينشىء التزامات في جانب احد المتعاقدين دون الآخر كالوديعة .

ويتكون العقد من اقتران القبول بالايجاب ، ويشترط لصحته ان تكون ارادة كل من المتعاقدين صادرة من ذي اهلية كاملة ، وان تكون غير معيبة . وعيوب الرضاء (Vices du consentement) هي الغلط (erreur) والتدليس (dol) والاكراه (Violence) .

ولا بد لتكوين العقد ، الى جانب الرضاء ، من محل (Objet) وسبب (Cause) . فالمحل هو الشيء الذي يلتزم به المدين ، ويشترط فيه ان يكون موجوداً ممكناً معيناً او قابلا للتعيين وغير مخالف للقانون او الآداب او النظام العام . والسبب هو الغرض الذي توخى المدين الوصول اليه من وراء التزامه ، ويشترط فيه ان يكون موجوداً ومشروعاً .

والعقد يكون باطلا بطلاناً مطلقاً (Nullite absolue) اذا انعدم الرضاء او المحل اوالسبب او نقص ذلك شرط من الشروط . ويكون باطلا بطلاناً نسبياً (Nullite relative) اذا كانت

الاهليه ناقصة او شاب الرضاء عيب من العيوب المتقدم ذكرها.

والفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ان الاول يمنع العقد من توليد اي اثر ولا ترد عليه الاجازة ولا نزول بالتقادم، بخلاف البطلان النسبي فانه لا يمنع العقد من توليد اثره حتى يطلب بطلانه ، وترد عليه الاجازة وبزول بالتقادم .

والعقد يقتصر اثره على المتعاقدين والخلف العام (اي الورثة والدائنين) . ويجوز مع ذلك ان يمتد اثره الى الغير كما في الاشتراط لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui) .

وهناك عقود معينة يختصها القانون عادة بالذكر ، فيقرر احكامها تفصيلا . وبعض هذه العقود يقع على ملكية الشيء معاوضة او تبرعاً ، كالبيع والمقايضة والهبة والقرض ، وبعضها يقع على المنفعة معاوضة او تبرعاً كذلك ، كأيجار الاشياء وعارية الاستعمال . وبعضها يقع على الخدمة والعمل ، كعقد الاستخدام وعقد العمل وعقد النقل وعقد الوديعة وعقد الوكالة . وبعضها عقود مضارية ، كالشركة والرهان والتأمين والايراد المرتب والكفالة والصلح .

العمل غير المشروع :

(ثالثاً) العمل غير المشروع (Acte illicite) او المسئولية التقصيرية . وتقوم هذه المسئولية على اركان ثلاثة : (١) تقصير

التقصير ثابت
التقصير مفروض
تحمل التبعة

(Faute) ، (٢) وضرر (وقد يصيب النفس او المال او الشرف، فيكون مادياً او ادبياً) ، (٣) وعلاقة سببية ما بين التقصير والضرر . فكل شخص اصاب بتقصيره الغير بالضرر يلتزم بتعويض هذا الضرر .

وقد يكون التقصير مفروضاً كما في مسئولية الاب عن ابنه ، والسيد عن خادمه ، وصاحب الحيوان او البناء او الشيء بوجه عام عما في حراسته من هذه الاشياء .

وقد تكون المسئولية مبنية على فكرة تحمل التبعة (اي الغرم بالغنم) ، ويكفي لتحقيق هذه المسئولية ركنان : الضرر وعلاقة السببية ، ولا يشترط التقصير ولو مفروضاً ، وذلك كمسئولية صاحب العمل عما يصيب العمال من حوادث اثناء عملهم .

الاثراء على حساب الغير
عمل الفضولي
دفع مالا يجب
الاثراء دون سبب

(رابعاً) الاثراء على حساب الغير . ولهذا المصدر صور ثلاث: (١) عمل الفضولي (gestion a'affairc) ومثله ان يقيم جار جداراً لجاره يكاد ان ينقض ، فيرجع على الجار بما انفق . (٢) دفع ما لا يجب (Paiement de l'indu) ومثله ان يدفع شخص ديناً لشخص آخر ، ثم يتضح بعد ذلك انه لم يكن مديناً ، فيسترد ما دفع . (٣) الاثراء على حساب الغير بوجه عام Enrichissement sans cause ومثله ان يقيم شخص بناء في ارض غيره ، فيرجع على صاحب

الارض بقيمة البناء قائماً او مهدوماً على حسب الاحوال .

القانون (خامساً) القانون . ومثل الالتزامات التي يرتبها القانون الالتزام بالنفقة ، والتزامات الجوار .

١٥٣ — احكام الالتزامات

الآن وقد عرفنا مصادر الالتزام ، بقي ان نعرف احكامه ، فنستعرض بايجاز تام أثر الالتزام ، واوصافه ، ونقله ، وانقضاءه ، وطرق اثباته .

اثر الالتزام أما أثر الالتزام فهو اجبار المدين على القيام به عينا ان امكن ، والا فتعويضا . والتعويض اما ان يقدره القاضي ، واما أن يتفق عليه المتعاقدان . وهذا هو الشرط الجزائي clause penale واما ان يقدره القانون اذا كان الالتزام مبلغاً من النقود وهذه هي الفوائد القانونية .

اوصاف الالتزام
الشرط
الاجل
التضامن

والالتزام قد يكون بسيطاً او موصوفاً . واهم الاوصاف التي تلحق الالتزام الشرط والاجل والتضامن . اما الشرط conditon فهو أمر مستقبل غير محقق الحصول ، يتوقف على حصوله نفاذ الالتزام (وهو الشرط الموقف condition suspensive) أو زواله (وهذا هو الشرط الفاسخ condition resolutoire) مثل ذلك ان يهب الرجل لولده دارا بشرط ان يتزوج ، فيكون هذا شرطاً موقفاً . او يوصي رجل

زوجته بدار بشرط الا تتزوج ، فتنفسخ الوصيـة اذا تزوجت ويكون هـذا شرطا فاسخاً . والاجـل terme امر مستقبل محقق الحصول ، يتوقف على حصوله حلول التزام (وهـذا هو الاجل الموقف terme suspensif) او زواله (وهذا هو الاجل الفاسخ terme eptinctif) مثل الاجل الموقف ان يقرض شخص آخر مبلغاً من النقود ويلتزم المقترض بردها بعـد سنة . ومثل الاجل الفاسخ ان يؤجر شخص لاخر دارا فيلتزم المؤجر بالايجار لمدة سنة بعدها ينقضي التزامه بقى التضامن solidapite وهو اما ان يوجد بين الدائنين او بين المدينين . مثل التضـامن بين الدائنين ان يصبح شخص مدينا لدائنين بمبلغ مائة دينار مثلا ، فيستطيع ان يوفي ايًا منهما كل المبلغ ، ويستطيع كل من الدائنين ان يطالب المدين بكل المبلغ . واذا استوفى احد الدائنين كل المبلغ رجع عليه الدائن الاخر بقدر نصيبه . ومثل التضامن بين المدينين ان يصبح شخصان مدينين لدائن بمبلغ مائة دينار ، فيستطيع الدائن ان يرجع على اي من المدينين بكل المبلغ ، ويستطيع كل مدين ان يدفع كل المبلغ للدائن ، واذا استقل احد المدينين بدفع كل المبلغ للدائن رجع على المدين الاخر بقدر نصيبه ، وافلاس احد المدينين المتضامنين يتحمله بقية المدينين .

اما نقل الالتزام فهو اما ان يكون حوالة حق cessoin de creance او

نقل الالتزام : حوالة الحق حوالة الدين

خوالة دين cessoin de dette فحوالة الحق هي ان ينتقل الدين من دائن الى آخر مع بقاء الدين على حاله . وحوالة الدين هي ان ينتقل الدين من مدين الى آخر مع بقاء الدين على حاله كذلك .

انقضاء الالتزام : الافاء التجديد المقاصة اتحاد الزمة الأبراء الاستحالة التعادم

وينقضي الالتزام بالوفاء Paiement، وبالتجديد Novation ويكون بحلول دين جديد محل الدين القديم ، وبالمقاصة compe-nsation وتكون بتقابل دينين من نوع واحد فيتقاصان ، وباتحاد الذمة confusion ويكون بأن يرث المدين الدين عن الدائن اوالعكس . وبالابراء pemise ويكون بتنازل الدائن عن حقه ، وباستحالة الوفاء impossibilite dexecution ويكون بصيرورة تنفيذالالتزام مستحيلا ، وبالتقادم المسقط Preseription extinctive ويكون بمرور مدة معينة (خمسة عشر عاما في العادة) دون ان يطالب الدائن بحقه فيسقط الالتزام .

أثبات الالتزام

ويثبت الالتزام بالكتابة وبالبينة وبالقرائن وباليمين وبالاقرار . الا انه اذا كان مصدر الالتزام عقداً ، وكانت قيمة الالتزام تزيد على مبلغ معين هو عشرة دنانير فان الاثبات لا يكون الا بالكتابة او باليمين او بالاقرار ، ولا تجوز البينة او القرائن .

المطلب الثاني

القانون المدني العراقي

تقنين مدني

١٥٤ — نشأة احكام القانون المدني العراقي

القانون المدني العراقي تعبير جديد لم يألفه العراق . واذا كان

تشريعات مدنية

يراد به تقنين مدني للعراق ، يلم شمل ما انتثر من الاحكام المدنية فهذا التقنين جنين لم يولد . اما اذا اريد به مجموعة التشريعات المدنية في العراق ، فالاسم وحده هو الجديد، اما الشيء فموجود . اذ العراق، كسائر الدول المتحضرة، لديه طائفة من التشريعات المدنية يطبقها ، وان كانت هـذه التشريعات متفرقة مشتتة . ولننظر كيف نرتب هذه التشريعات طبقاً للخطة التي انتهجناها في عرض موضوعات القانون المدني . وقد رأينا ان القـانون المدني ينقسم مبدئيا الى قانون الاحوال الشخصية وقانون المعامـلات ، وقانون المعـاملات ينقسم بدوره الى قانون الحقوق العينية وقانون الحقوق الشخصية (او الالتزامات) .

١٥٥ — قانون الاحوال الشخصية في العراق

الشريعة الاسلامية

ليس هناك حتى الآن تشريع في دائرة الاحوال الشخصية[1] فالمحاكم الشرعية تطبق احـكام الشريعة الاسلامية ، وهي غير مقننة في هـذا الباب . والمحاكم الطائفية الاخرى تطبق قانون احوالها الشخصية في بعض المسائل . وقد فـكرت الحـكومة العراقية في تقنين احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية ولا يزال هـذا المشروع في دور التحضير ، وقد وضعت دائرة

لائحة الاحوال الشخصية

(١) الا موضوعات قليلة اشتملت عليها مجلة الاحكام العدلية كالهبة والحجر.

التدوين مشروعا للائحة لا يزال تحت البحث .

واذا اعتبرنا الوقف من الاحوال الشخصية ، فأن احكامه ايضا تستمد مباشرة من الشريعة الاسلامية ، وهي غير مقننة.

١٥٦ — قانون المعاملات في العراق

اما قانون المعاملات فيتوزع بين جهتين رئيسيتين ، مجلة الاحكام العدليـة وتشتمل على اكثر احكام الحقوق الشخصية ، وما جرى العرف بتسميته « قانون الاراضي » ويشتمل على اكثر احكام الحقوق العينية . ونستعرض قانون الحقوق العينيـة ، ثم قانون الحقوق الشخصية .

الوقف
المجلة
قانون الاراضي

١٥٧ قانون الحقوق العينية في العراق

تشتمل مجلة الاحكام العدلية على جزء من هذا القانون ، سواء كان متعلقا بالحقوق العينية الاصلية او الحقوق العينية التبعيه . اما اهم موضوعات الحقوق العينية الاصلية التي تشتمل عليها المجلة فهي الشفعة والقسمة والملكية وحقوق الارتفاق ، وفي الحقوق العينية التبيعة تناولت المجلة احكام رهن الحيازة .

المجلة
الملكية والقسمة الشفعة وحقوق الارتفاق والرهن

ولكننا نجد اكثر الاحكام المتعلقة بقانون الحقوق العينية فيما يسمى بقانون الاراضي وله ذيول وملحقات . وقانون الاراضي هذا قانون عثماني ، وضع لائحته الشيخ محمود اسعد افندي احد

قانون الاراضي .
خمسة انواع من الاراضي
الرهن الرسمي
حقوق الامتياز

علماء الاستانة، وكان قد تولى ادارة الدفتر الخاقاني العام، وحاولت الوزارات المتتابعة ان تصدره قانونا فلم تفلح اذ عارضه العلماء، حتى اتت وزارة شوكت باشا فاصدرت اللائحة في صورة قوانين وقتية . وعمل بهذه القوانين في جميع انحاء الامبراطورية العثمانية ومنها العراق. ولما استقل العراق بقى محتفظا بهذا القانون. وهو يقسم الاراضي الى خمسة اقسام : اراض مملوكة واراض موقوفة واراض اميرية واراض متروكة واراض موات . ويقرر احكام كل قسم من هذه الاقسام الخمسة . ويلحق بقانون الاراضي نظام الطابو وقانون التصرف في الاموال غير المنقولة وقانون تقسيم الاموال المشتركة غير المنقولة وقانون انتقال الاموال غير المنقولة الخ الخ .

أما الرهون (الحقوق العينية التبعية) فقد قدمنا ان المجلة تناولت منها رهن الحيازة، وتولى قانون وضع الاملاك غير المنقولة بصفة تأمينات تقرير احكام الرهن الرسمي، وعرض قانون الاجراء لبيان حقوق الامتياز .

١٥٨ — قانون الحقوق الشخصية (الالتزامات والعقود)

تشتمل مجلة الاحكام العدلية على اكثر احكام هذا القانون . والمجلة اذا حذفنا منها احكام قانون المرافعات [1]

---

(١) كالابواب المتعلقة بالدعوى والبينات والتحليف والقضاء .

وقد نسخت ، واستثنينا منها الاحكام المتعلقة بالحقوق العينية وهي قليلة ، يصح ان تسمى بقانون الالتزامات والعقود في العراق. على ان النظرية العامة للالتزامات لم تنل حظاً كبيراً من عناية واضعي المجلة ، اذ نجد احكام هذه النظرية منتثرة في ابواب متفرقة متباعدة ، نجد بعضها في باب البيع وفي باب الاجارة ، ثم نجد الباقي في ابواب الحوالة والغصب والاتلاف والاكراه الخ . اما العقود المعينة فهي التي نالت الحظ الاوفر من العناية ، اذ تكاد تكون المجلة كلها مخصصة لذلك ، يقرر كل كتاب منها احكام عقد من هذه العقود . فالكتاب الاول في البيوع ، والكتاب الثاني في الاجارة (ويكمل بنظام ايجار العقار)، والكتاب الثالث في الكفالة، والكتاب الرابع في الحوالة، والخامس في الرهن ، والسادس في الامانات ، والسابع في الهبة . ثم تأتي الشركات والوكالة والصلح .

المجلة : النظرية العامة العقود المعينة

ويتضمن قانون المرافعات المدنية بعض احكام النظرية العامة للالتزامات ، منها بعض أحكام المسؤلية التعاقدية (الاعذار ونظرة الميسرة) وأحكام الشرط الجزائي ، والفوائد ، وقواعد الاثبات المدنية ، ومنها المادة ٦٤ المشهورة التي تقرر مبدأ حرية

قانون المرافعات

التقنين المدني العراقي

التعاقد في حدود النظام العام. ويتبين من كل ذلك كيف تفرقت أحكام القانون المدني العراقي على قوانين متبعثرة، منها القديم ومنها الحديث، ومنها المأخوذ من الشريعة الاسلامية ومنها المأخوذ من القوانين الغربية، على أنها تشترك جميعاً في عدم التناسق والانسجام، وتكثر فيها العيوب من الناحية الموضوعية ومن ناحية الصياغة التشريعية. «فالتقنين المدني العراقي» اذا تم يكون تقدماً كبيراً، اذ يجمع شتات هذه القوانين، ويرتبها الترتيب المنطقي الذي رأيناه في استعراض موضوعات القانون المدني، ويصلح عيوبها الموضوعية، ويحكم صياغتها التشريعية.

المبحث الثاني

القانون التجاري والقانون البحري

١٥٩ — مسائل القانون التجاري والقانون البحري :

القانون التجاري

قدمنا أن القانون التجاري يتخصص من الحياة المدنية في ناحية التجارة. فيضع القواعد التي تنظم حياة التاجر في نشاطه التجاري، من دفاتر وسجلات وأعمال تجارية، وشركات على مختلف انواعها، ونقل تجاري، وسمسرة وعمولة، وأوراق تجارية (كمبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات) وينتهي القانون التجاري بفصل ينظم الافلاس .

القانون البحري

والقانون البحري يتخصص من التجارة في ناحية التجارة البحرية. ويتركز في السفينة، فينظم الحقوق التي تترتب عليها، والعقود التي تكون خلالها، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين، وعقد الشحن، وعقد النقل البحري، والقرض البحري، والتأمين على السفن والبضائع، والخسارات البحرية الخ الخ.

١٦٠ — القانون التجاري والقانون البحري في العراق:

القانون التجاري العراقي

القانون التجاري العراقي لا يزال هو القانون العثماني القديم، الذي اخذه الاتراك عن القانون الفرنسي منذ نحو مائة عام (سنة ١٢٦٦ هجرية) وطبقوه في انحاء الامبراطورية العثمانية، بما في ذلك العراق. ولما استقل العراق بقى محتفظاً بهذا القانون حتى الآن، هو وذيوله المختلفة. وأدخل الانجليز في عهد الاحتلال قانون الشركات الهندي الى جانب القانون التجاري العثماني.

القانون البحري العراقي

وكذلك بقى العراق محتفظاً بقانون التجارة البحرية العثماني الذي صدر في سنة ١٢٨٠ هجرية.

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

١٦١ — مسائل قانون المرافعات:

تشكيل المحاكم

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاجراءات الواجب اتباعها

في تطبيق احكام القانون المدني والقانون التجاري .

الاستدعاء

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم نتتبع الدعوى من وقت رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك اولا الاستدعاء (عريضة الدعوى) يوجهه المدعي المدعى عليه . ويحضر الخصمان في اليوم المحدد لنظر الدعوى . ويطالب المدعي بأثبات دعواه ، وطرق الاثبات مختلفة ، منها الكتابة والبينة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . فالاجراءات التي تتبع في تحقيق الكتابة والطعن بالتزوير فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين الخبراء والانتقال الى محل النزاع ، كل هذا يدخل في دائرة قانون المرافعات . وقد يدفع المدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يعتري الدعوى عوارض اثناء نظرها ، فكل هذه الأشياء ينظمها قانون المرافعات . ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن في الحكم من معارضة واستئناف وتمييز وغير ذلك يدخل ايضاً في دائرة قانون المرافعات . ويدخل اخيراً في هذه الدائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على المنقول أو على العقار .

طرق الاشارة

الحكم وطرق الطعن فيه

التنفيذ

١٦٢ – قانون المرافعات في العراق :

قانون المحاكمات الحقوقية

في العراق (أولا) قانون المحاكمات الحقوقية ، وهو القانون العثماني القديم الذي صدر في سنة ١٢٩٦ هجرية، وأخذه العثمانيون عن القانون الفرنسي ، وطبقوه في بلادهم ، ودخل العراق تبعاً لذلك في دائرة تطبيقه ، واحتفظ به حتى الآن . وفي قانون المحاكمات الحقوقية بعض نصوص تتعلق بالاحكام المدنية سبقت الاشارة اليها عند الكلام في القانون المدني العراقي (ثانياً) قانون الاجراء ، أي التنفيذ ، وهو قانون عثماني قديم كذلك ، احتفظ به العراق بعد استقلاله . ويتضمن هذا القانون بعض احكام مدنية تتعلق بحقوق الامتياز، سبقت الاشارة اليها . (ثالثاً) قانون حكام الصلح ، وهو قانون عثماني احتفظ به العراق بعد أن ألقى كثيراً من أحكامه ، وهذا القانون ينشيء محكمة صغيرة لها اختصاص في مسائل محدودة الأهمية ، حتى يقرب القضاء من المتقاضين وييسره عليهم .

قانون الاجراء

قانون حكام الصلح

—— إنتهى ——

موضوعات الكتاب

صفحة

مقدمة

الباب الاول : طبيعة القانون

الفصل الاول : المذاهب القانونية

المبحث الاول : مذهب اوستن

المبحث الثاني : مدرسة « الشرح على المتون »

صفحة

صفحة

٢ — الصياغة

الباب الثاني

صفحة

صفحة

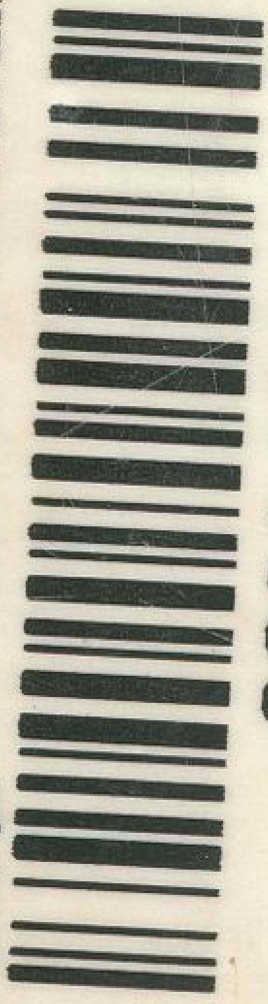
صفحة

صفحة

صفحة

الفرع الثاني : القانون الخاص

صفحة


Bibliotheca Alexandrina
0399108